
EJUSE
ESCOLA JUDICIAL
DO ESTADO DE SERGIPE

REVISTA DA EJUSE

Revista da EJUSE N° 21, 2014

©REVISTA DA EJUSE
ISSN 2318-8642

Conselho Editorial e Científico
Direção Editorial: Juiz José Anselmo de Oliveira
Membros: Juiz João Hora Neto
Juiz Francisco Alves Júnior
Juíza Suzete Ferrari Madeira Martins
Juíza Rosa Geane Nascimento Santos
Daniela Patrícia dos Santos Andrade
José Ronaldson Sousa

Coordenação Técnica e Editorial: Daniela Patrícia dos Santos Andrade
Revisão: Ronaldson Sousa e José Mateus Correia Silva
Editoração Eletrônica: José Mateus Correia Silva
Capa: Juan Carlos Reinaldo Ferreira

Tiragem: 500 exemplares
Impressão: Gráfica e Editora Liceu Ltda.

Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe
Escola Judicial do Estado de Sergipe
Centro Administrativo Desembargador Antonio Goes
Rua Pacatuba, nº 55, 7º andar - Centro
CEP 49010-080- Aracaju – Sergipe
Tel. (79) 3214-0115. Fax: 3214-0125
http: www.tjse.jus.br/ejuse
e-mail: ejuserevista@tjse.jus.br

R454 Revista da Ejuse.
Aracaju: EJUSE/TJ, n° 21, 2014.

Semestral

1. Direito - Períodico. I. Título.

CDU:
34(813.7)(05)



COMPOSIÇÃO

Diretor
Desembargador Osório de Araújo Ramos Filho

Presidente do Conselho Administrativo e Pedagógico
Desembargador Edson Ulisses de Melo

Coordenadora Administrativa
Luciana Rocha Melo Muniz

Coordenadora de Cursos Externos
Daniela Patrícia dos Santos Andrade

Coordenadora de Cursos para Magistrados
Lorena Figueiredo de Oliveira Freire

Coordenadora de Cursos para Servidores
Cristiana Prado Oliveira Dantas

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO.....11

DOUTRINA.....13

ANÁLISE ACERCA DA AUDIÊNCIA PREVISTA NO ARTIGO 16 DA LEI 11.340/2006 E ENUNCIADOS DO FONAVID CORRELATOS
Patrícia Cunha Paz Barreto de Carvalho.....15

A PUBLICIDADE ENGANOSA NO DIREITO CONSUMERISTA BRASILEIRO
Maria Fernanda Barbosa de Santana.....27

EFEITO VINCULANTE NO DIREITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO
Michelangelo Carvalho Nabuco D'Ávila.....43

CONSIDERAÇÕES ACERCA DO COMÉRCIO ELETRÔNICO E SUAS IMPLICAÇÕES NO DIREITO DO CONSUMIDOR
Paulo Fernando Santos Pacheco.....69

CRISE DE LEGITIMIDADE DO SISTEMA PENAL: FLEXIBILIZAÇÃO DO ATUAL MODELO PENAL (EM DEFESA DA DESCRIMINALIZAÇÃO E DESPENALIZAÇÃO)
Sheila Custódio Leal Novaes Santos.....93

O DANO MORAL POR ABANDONO AFETIVO
Daniela Patrícia dos Santos Andrade.....139

A MULTA COMINATÓRIA (ASTREINTES) NO PROCESSO EXECUTIVO: APLICABILIDADE E EXECUTORIEDADE ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO DA DECISÃO DE MÉRITO
Phillip André Almeida Pires da Silva.....155

A EFETIVIDADE DOS ALIMENTOS INTERNACIONAIS
Rafael dos Santos Sá.....189

CASAMENTO CIVIL E UNIÃO HOMOAFETIVA
Raquel Santos de Santana.....203

REPERCUSSÃO GERAL. FILTRO RECURSAL?
Ivana Melo Dantas.....213

LIVRE EXERCÍCIO DO DIREITO DE GREVE PELO SERVIDOR PÚBLICO
Darly Giulia Santos Andrade.....241

A DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA E A INTANGIBILIDADE DO MÉRITO ADMINISTRATIVO E DA INTELECÇÃO DOS CONCEITOS (DE VALOR) JURÍDICOS INDETERMINADOS
Simone Vasconcelos Silva.....279

A PREVISÃO DO ART. 42 DO CDC DE RESTITUIÇÃO EM DOBRO DA QUANTIA INDEVIDAMENTE COBRADA AO CONSUMIDOR A TÍTULO DE CORRETAGEM IMOBILIÁRIA E A PROVA DA MÁ-FÉ: COMPREENDENDO A RATIO LEGIS
Tatiane Gonçalves Miranda Goldhar.....315

A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL À LUZ DA LEI 12.830/2013
Enéas de Oliveira Dantas Junior.....333

EXPECTATIVA DE DIREITO E CONFIANÇA LEGÍTIMA: UMA LEITURA PÓS-POSITIVISTA
Andréa Lúcia de Araújo Cavalcanti Ormond.....351

PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL DA TEORIA DO GARATISMO PENAL
Thiago Figueiredo Silva.....377

APRESENTAÇÃO

DOUTRINA

ANÁLISE ACERCA DA AUDIÊNCIA PREVISTA NO ARTIGO 16 DA LEI 11.340/2006 E ENUNCIADOS DO FONAVID CORRELATOS

Patrícia Cunha Paz Barreto de Carvalho*

RESUMO: Nas ações penais privadas e públicas condicionadas à representação da ofendida, em que são admitidas a renúncia e a retratação, a suposta vítima de violência de gênero nos moldes da Lei 11.340/2006 poderá espontaneamente exercer tais direitos livremente, porém, uma vez exercidas tais faculdades, haverá diferentes resultados jurídicos com suas consequentes repercussões. De qualquer modo, faz-se necessária a observação de que a audiência prevista no artigo 16 da Lei Maria da Penha somente poderá ser especialmente designada com a finalidade de se confirmar a renúncia ou retratação outrora já manifestada espontaneamente, para fins de ratificação de vontade já exteriorizada pela vítima. Destarte, forçoso concluir que a audiência prevista não é obrigatória e depende de prévia renúncia ou retratação da vítima de forma espontânea. Ademais, a ausência da vítima na audiência prevista no art. 16 não implica o prosseguimento do feito, já que a queixa ou representação se constitui em autorização indispensável para fins de persecução penal, devendo ser manifestada de forma expressa quando da lavratura do boletim de ocorrência.

PALAVRAS-CHAVE: Lei Maria da Penha. Lei 11.340/2006. Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher. Gênero. Artigo 16. Audiência. Enunciados Fonavid.

1. INTRODUÇÃO

Reza o artigo 16 da Lei Maria da Penha que, nas ações penais

* Magistrada em Sergipe – Titular da Comarca de Poço Redondo. Graduada pela Universidade Federal de Sergipe. Pós-graduada no Curso de Especialização lato sensu em Direito Público - UCAM. Pós-graduada no Curso de Especialização em Ciências Penais (Unisul). Pós-graduada em Direito Processual Civil (PUC/SP). Pós-graduada em Direito Penal e Processual Penal (Fase). Formada pela Escola Superior da Magistratura do Estado de Sergipe (Esmese). Autora do livro *Crimes Hediondos e a Lei 11.464/2007* – Evocati. Mestre em Direito, com foco em Estudos sobre Violência e Criminalidade na Contemporaneidade pela Universidade Federal de Sergipe (UFS).

públicas condicionadas à representação da ofendida de que trata a legislação, somente será admitida a renúncia à representação perante o juiz, em audiência especialmente designada com tal finalidade, antes do recebimento da denúncia.

Diante de tal premissa legal, podem ser extraídas várias conclusões a respeito do tema, especificamente no tocante à diferenciação entre os institutos jurídicos processuais penais da renúncia e retratação e também a respeito da própria necessidade de designação da audiência prevista no preceito legal.

Existem três enunciados aprovados em Fórum Nacional para o debate da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher que tratam do assunto, os quais serão amplamente cotejados em relação à doutrina e jurisprudência dominantes sobre a matéria.

Primeiramente há que se perquirir acerca dos diferentes resultados jurídicos e repercussões quando a suposta vítima de violência de gênero exerce tais faculdades, quais sejam, renúncia e retratação.

A partir desta análise, procura-se delimitar em que hipóteses será admitida a audiência prevista, ajustando a sua ocorrência aos objetivos e finalidades previstas na legislação protetiva.

Ao final, pretende-se responder aos questionamentos derivados que exsurgem da prática jurídica, buscando o ajuste da norma em relação aos dogmas do processo penal contemporâneo, com esteio na doutrina e jurisprudência dominantes e interpretação sistemática e finalística.

Deste modo, o presente artigo visa apurar acerca da necessidade da audiência prevista no artigo 16 da Lei 11.340/2006 e as respectivas situações que a autorizam, perquirindo sobre seus requisitos e obrigatoriedade, invocando, neste ponto, o Enunciado nº 4 do Fonavid.

Também indaga-se sobre as consequências da ausência da vítima nesta mesma audiência, já que a queixa ou representação são instrumentos indispensáveis para fins de persecução penal, cotejando, neste aspecto, os Enunciados nº 19 e 20 do Fonavid.

Sem a pretensão de esgotar o tema, pretende-se apenas destacar as opiniões doutrinárias a respeito da temática e a jurisprudência pertinente correlata, retratando o que versam os enunciados e expondo de forma comparativa uma análise construtiva acerca da matéria, especialmente no aspecto prático.

2. DISTINÇÕES E PECULIARIDADES ENTRE OS INSTITUTOS JURÍDICOS DA RENÚNCIA E RETRATAÇÃO

Antes de adentrarmos no estudo da norma contida no art. 16 da Lei Maria da Penha, é necessário o estudo da natureza jurídica dos institutos da renúncia e da retratação.

A renúncia consiste em ato unilateral no qual há uma desistência, abdicação do ofendido ou de seu representante legal em relação ao direito de originar uma ação penal privada ou mesmo uma ação penal pública condicionada à representação da vítima.

Renuncia-se ao direito de queixa ou de representação, sem as quais não haverá inquérito policial[1].

Ressalte-se que somente se pode renunciar ao que ainda não se exerceu.

A representação se constitui em autorização indispensável para fins de persecução penal, nas ações penais públicas condicionadas a este instituto processual.

Não depende de forma especial, sendo necessária apenas a apuração da vontade da vítima em relação à apuração dos fatos em juízo criminal, tendo ela natureza jurídica objetiva.

Vale a pena novamente salientar que, sem esta condição de procedibilidade, não haverá sequer inquérito policial, nas ações penais públicas condicionadas à representação da vítima, caso em que estará configurada também a renúncia ao direito de representação[2].

Portanto, a ausência de representação é renúncia.

A vítima não está obrigada a exercer o direito de queixa e tampouco o direito de representação, sendo possível a renúncia em ambos os casos[3].

Assim, verifica-se na prática que a autoridade policial não poderá dar seguimento às investigações quando tais faculdades não forem espontaneamente exercidas.

Excetuam-se as hipóteses em que são apuradas infrações penais de menor potencial ofensivo, nas quais haverá a instauração de termo circunstanciado independentemente de prévia manifestação da vítima, a exemplo dos crimes de ameaça (ação penal pública condicionada à representação), aguardando-se o decurso do prazo de seis meses previsto para o exercício de tais faculdades[4].

A instauração de investigação a partir de um termo circunstanciado

não depende de queixa ou representação anterior, a qual somente são exigidas para a propositura de ação penal.

Por fim, caberá a retratação de uma representação anteriormente manifestada, a qual dependerá de livre e espontânea vontade da vítima, até o oferecimento da denúncia[5].

3. IMPROPRIEDADE DO TERMO "RENÚNCIA" CONTIDO NO ARTIGO 16 DA LEI 11.340/2006

Verifica-se que a renúncia é realmente uma abdicação de um direito de queixa ou de representação a ser exercido de livre e espontânea vontade pela vítima.

O artigo 16 da Lei Maria da Penha preceitua que nas ações penais públicas condicionadas à representação de que trata esta Lei só será admitida a renúncia à representação perante o juiz, em audiência especialmente designada com tal finalidade, antes do recebimento da denúncia e ouvido o Ministério Público.

Utilizou o termo renúncia e tratou apenas das ações penais públicas condicionadas à representação.

Disse que caberia renúncia nas ações penais públicas condicionadas à representação antes do recebimento da denúncia.

Analisando o dispositivo, denota-se que há uma impropriedade do artigo quanto ao uso do termo renúncia.

É certo que cabe a renúncia nos crimes de ação penal pública condicionada à representação, este não é o problema.

Contudo, como será admitida uma renúncia à representação em uma ação penal se sem a representação não haverá sequer o inquérito policial?

Se houver uma renúncia à representação, não haverá inquérito, nem ação penal.

Daí porque muitos doutrinadores entendem que deve ser compreendido este termo como retratação da representação que já foi ofertada na época do inquérito policial e ação penal.

Agora, se for um crime de ação penal pública condicionada à representação "de menor potencial ofensivo", haverá um termo circunstanciado independentemente de representação, mas também não haverá ação penal sem esta condição de procedibilidade.

De qualquer sorte, por ser cabível também a renúncia nos crimes cuja ação é pública condicionada à representação, veremos adiante que tal expressão pode ser compreendida também para fins de designação da audiência em comento.

Outrossim, ainda que se interprete o termo renúncia como retratação, haverá uma impropriedade no tocante ao momento de sua admissão e consequente ratificação.

O dispositivo legal fala que será admitida a renúncia, leia-se retratação, até o recebimento da denúncia, quando a legislação penal e processual penal somente a admite até o oferecimento da denúncia.

Ora, diante de uma interpretação sistemática, o dispositivo deve ser entendido como admissão da retratação até o oferecimento da denúncia, sendo que, salvo melhor juízo, apenas a ratificação pode ser postergada para antes do recebimento da denúncia, com a realização da audiência.

Por fim, ressalte-se ainda que há críticas na doutrina acerca desta postergação, pois a retratação gera a extinção da punibilidade do autor do fato. Assim, condicionar esta extinção até o momento da audiência prevista no art. 16 gera grande prejuízo ao indiciado.

4. FINALIDADE DA AUDIÊNCIA PREVISTA NO ARTIGO 16 DA LEI 11.340/2006

Antes de destacar a finalidade essencial da realização da audiência prevista no art. 16 da Lei Maria da Penha, faz-se necessário esclarecer que a referida audiência não pode ser comparada àquela denominada "preliminar" prevista na Lei 9.099/95.

A natureza jurídica desta audiência pode ser equiparada a uma espécie de Justificação, mas não aquela de natureza cautelar, mas sim com o escopo de ratificação de uma vontade anteriormente exercida.

A interpretação que aproxima ao entendimento do objetivo destacado pela norma protetiva, a qual também justifica a sua realização, é a histórica, finalística e sistemática.

Tendo a vítima renunciado ao seu direito de representar ou mesmo quando se retratar, deve o magistrado, ao tomar conhecimento dos fatos, designar audiência para oitiva da vítima, a fim de corroborar a sua vontade, que, repita-se, deve ser livre e espontânea.

Tal audiência se justifica exatamente quando houver violência de

gênero nos moldes da Lei 11.340/2006, em que a vítima se encontra em situação de vulnerabilidade no contexto do ciclo da violência doméstica e familiar contra a mulher, dentro dos limites de afetividade em relação ao suposto agressor.

O escopo principal é constatar que a renúncia ou retratação foi exercida de forma livre e espontânea, pois devido justamente à vulnerabilidade da vítima, esta pode ter renunciado ou se retratado em razão da afetividade pelo agressor ou por estar subjugada à vontade do mesmo.

5. ANÁLISE DOS ENUNCIADOS DO FONAVID

A audiência prevista no artigo 16 da Lei 11.340/06 representa mais um mecanismo de proteção à vítima, podendo-se avaliar se a renúncia e retratação é mesmo de sua livre vontade, na presença e ouvido o Ministério Público.

É neste contexto finalístico também que se extrai a conclusão de que a audiência somente pode ser designada quando houver esta prévia manifestação da vítima, de forma livre, consciente e espontânea no sentido de que não deseja a persecução penal.

Neste sentido, o Superior Tribunal de Justiça:

> CRIMINAL. HABEAS CORPUS. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. AÇÃO PÚBLICA CONDICIONADA À REPRESENTAÇÃO DA VÍTIMA. DESIGNAÇÃO DE AUDIÊNCIA PARA RETRATAÇÃO. NÃO OBRIGATORIEDADE. NECESSIDADE DE PRÉVIA MANIFESTAÇÃO DA VÍTIMA. ORDEM DENEGADA.
> I. A audiência do art. 16 da Lei 11.430/2006 deverá ser designada especialmente para fins de retratação, tão somente após concreta manifestação da vítima nesse sentido, para formalização do ato.
> II. A designação de ofício da referida audiência, sem qualquer manifestação anterior da vítima, contraria o texto legal e impõe à vítima a necessidade de ratificar uma representação já realizada.
> III. Entender pela obrigatoriedade da realização da audiência sempre antes do recebimento da

> denúncia, e sem a manifestação anterior da vítima no sentido vontade de se retratar, seria o mesmo que criar uma nova condição de procedibilidade para a ação penal pública condicional que a própria provocação do interessado, contrariando as regras de direito penal e processual penal. IV. Audiência que deve ser entendida como forma de confirmar a retratação e não a representação. V. Ordem denegada, nos termos do voto do Relator. (HC 179.446/PR, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 03/05/2012, DJe 10/05/2012)

> HABEAS CORPUS. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. LESÃO CORPORAL. LEI MARIA DA PENHA. AUDIÊNCIA PREVISTA NO SEU ART. 16. OBRIGATORIEDADE. INEXISTÊNCIA. REALIZAÇÃO CONDICIONADA À PRÉVIA MANIFESTAÇÃO DA INTENÇÃO DA VÍTIMA EM SE RETRATAR ANTES DO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA.

> CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. ORDEM DENEGADA. 1. O entendimento desta Corte Superior de Justiça é firmado no sentido de que a audiência preliminar prevista no art. 16 da Lei n.º 11.340/06 deve ser realizada se a vítima demonstrar, por qualquer meio, interesse em retratar-se de eventual representação antes do recebimento da denúncia, o que não é o caso dos autos. 2. Ordem denegada. (HC 172.528/MG, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 07/02/2012, DJe 24/02/2012)

Assim, não deve o juiz designar a audiência em todos os procedimentos em que couber uma ação penal privada ou uma ação penal pública condicionada à representação.

A designação da audiência prevista no art. 16 da Lei 11.340/2006 deve ser realizada apenas quando o magistrado verificar que a vítima

renunciou ao direito de queixa ou de representação, ou mesmo se retratou de uma representação anteriormente ofertada, em todos os casos, antes do oferecimento da denúncia ou queixa.

Além disso, mesmo nos casos em que houver um termo circunstanciado de ocorrência, como na hipótese em que se apura o crime de ameaça, é de bom alvitre designar a audiência para fins de ratificação de renúncia ou retratação conforme o caso.

O que não pode ocorrer é a designação da audiência sempre em toda e qualquer hipótese, principalmente quando a vítima representou e não manifestou em nenhum momento, de forma livre e espontânea a renúncia ou retratação pertinente à persecução penal.

De qualquer forma, é necessário um preparo especial das autoridades policiais no tocante ao cuidado com que tratam com as vítimas, a fim de melhor extraírem o conteúdo de suas vontades sem de qualquer modo induzi-las a adotar qualquer tipo de comportamento.

Aqui passo a analisar o conteúdo do Enunciado nº 20 do Fonavid[6], sustentando que deve ser apurada com cuidado a vontade da vítima, não bastando o simples comparecimento à unidade policial para fins de lavratura do boletim de ocorrência como representação.

De bom alvitre a autoridade policial perquirir às vítimas se querem apurar os fatos mediante a instauração de inquérito e futura ação penal. Sendo a resposta positiva, acolhe-se apenas e toma-se por termo esclarecendo à mesma que pode existir a retratação, quando de ação pública condicionada, até o oferecimento da denúncia.

Quando de ação privada, conveniente esclarecer que pode exercer o direito de queixa dentro do prazo legal.

Se renunciar expressamente ao direito de queixa ou representação, a autoridade policial deve endereçar o Boletim de Ocorrência ao Magistrado para fins de averiguação e ratificação da vontade da vítima.

Caso não haja a retratação de uma representação já manifestada, ou mesmo se não houver renúncia ao direito de queixa, não caberá jamais a audiência prevista no art. 16 da legislação protetiva, que, se designada, poderá gerar transtornos à vítima interessada na persecução penal.

Denota-se, portanto, que a audiência prevista no art. 16 da Lei Maria da Penha não é obrigatória e depende sim de prévia retratação da vítima, a não ser que esta não tenha sequer representado, hipótese de renúncia da queixa ou representação, ao contrário do que está previsto

no Enunciado nº 4 do Fonavid[7].

A audiência é cabível para fins de ratificação de renúncia ou retratação prévia da vítima, dependendo disto, razão pela qual não é obrigatória para os demais casos.

Sendo o caso de designação de audiência, conforme já debatido acima, poderá ocorrer situação em que a vítima se faz ausente à audiência.

Diante de tal situação, havendo renúncia anterior ou retratação manifestada previamente de forma livre e espontânea, salvo melhor juízo, não há como ser dado prosseguimento ao feito, pois a audiência serve apenas para corroborar a ausência de condições de procedibilidade de uma ação penal, ao contrário do que dispõe o Enunciado 19 do Fonavid[8].

Nestes casos, deve ser extinta a punibilidade, já que não mais há como ser dado prosseguimento.

Porém, como medida de prudência, tenho como sugestão oficiar ao CREAM e CREA da Comarca a fim de melhor aquilatar a situação da violência de gênero, mas não mais estará o caso concreto dentro da seara penal, repressiva, e sim como preventiva.

6. CONCLUSÃO

O panorama analítico do presente estudo aponta para a não obrigatoriedade da audiência prevista no artigo 16 da Lei 11.340/06, a qual representa apenas mais um mecanismo de proteção à vítima.

Tal audiência se justifica exatamente quando houver violência de gênero nos moldes da Lei 11.340/2006, em que a vítima se encontra em situação de vulnerabilidade no contexto do ciclo da violência doméstica e familiar contra a mulher, dentro dos limites de afetividade em relação ao suposto agressor.

O escopo principal é constatar que a renúncia ou retratação foi exercida de forma espontânea, pois devido justamente à vulnerabilidade da vítima, esta pode ter renunciado ou se retratado em razão da afetividade pelo agressor ou por estar subjugada à vontade do mesmo.

Assim, a designação da audiência em epígrafe somente deve ser realizada quando o magistrado verificar que a vítima renunciou ao direito de queixa ou de representação, ou mesmo se retratou de uma

representação anteriormente ofertada, de forma livre, consciente e espontânea, no sentido de que não deseja a persecução penal, antes do oferecimento da denúncia ou queixa.

Ademais, a ausência da vítima na audiência prevista no art. 16 não implica o prosseguimento do feito, já que a queixa ou representação se constitui em autorização indispensável para fins de persecução penal, devendo ser manifestada de forma expressa quando da lavratura do boletim de ocorrência.

___

REVIEW ABOUT THE HEARING PROVIDED FOR IN ARTICLE 16 OF LAW 11.340/2006 STATEMENTS AND THE RELATED FONAVID

ABSTRACT: In private and public criminal actions conditional on behalf of the victim, they are accepted the resignation and retraction, the alleged victim of gender violence according to Law 11.340/2006 spontaneously may exercise such rights freely, but once exercised such powers there will be different results with its attendant legal consequences. Anyway, it is necessary to remark that the hearing provided for in Article 16 of the Maria da Penha Law can only be specially designated for the purpose of confirming the renunciation or retraction once already manifested spontaneously, just for ratification of will already externalized by the victim. Thus, it must conclude that the expected audience is not mandatory and depends on prior resignation or withdrawal of the victim spontaneously. Moreover, the absence of the victim at the hearing provided for in art. 16 does not imply the continuation of the deed, since the complaint or representation constitutes essential for purposes of criminal prosecution authorization should be expressed explicitly when the issuance of the arrest report.

KEYWORDS: Maria da Penha Law. Law 11.340/2006. Domestic and Family Violence Against Women. Gender. Article 16. Hearing. Utterances Fonavid.

Notas

[1] Art. 5º Nos crimes de ação pública o inquérito policial será iniciado:
(...)

II - (...) a requerimento do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo.
(...)
§ 4º O inquérito, nos crimes em que a ação pública depender de representação, não poderá sem ela ser iniciado.
§ 5º Nos crimes de ação privada, a autoridade policial somente poderá proceder a inquérito a requerimento de quem tenha qualidade para intentá-la.

[2] Art. 5O Nos crimes de ação pública o inquérito policial será iniciado:
(...)
II - (...) a requerimento do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo.
(...)
§ 4º O inquérito, nos crimes em que a ação pública depender de representação, não poderá sem ela ser iniciado.
§ 5º Nos crimes de ação privada, a autoridade policial somente poderá proceder a inquérito a requerimento de quem tenha qualidade para intentá-la.

[3] Art. 104 do CP - O direito de queixa não pode ser exercido quando renunciado expressa ou tacitamente. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)
Parágrafo único - Importa renúncia tácita ao direito de queixa a prática de ato incompatível com a vontade de exercê-lo; não a implica, todavia, o fato de receber o ofendido a indenização do dano causado pelo crime. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984

[4] Art. 38 do CPP. Salvo disposição em contrário, o ofendido, ou seu representante legal, decairá no direito de queixa ou de representação, se não o exercer dentro do prazo de seis meses, contado do dia em que vier a saber quem é o autor do crime, ou, no caso do art. 29, do dia em que se esgotar o prazo para o oferecimento da denúncia.
Art. 103 do CP - Salvo disposição expressa em contrário, o ofendido decai do direito de queixa ou de representação se não o exerce dentro do prazo de 6 (seis) meses, contado do dia em que veio a saber quem é o autor do crime, ou, no caso do § 3º do art. 100 deste Código, do dia em que se esgota o prazo para oferecimento da denúncia. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

[5] Art. 102 do CP - A representação será irretratável depois de oferecida a denúncia. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)
Art. 25 do CPP. A representação será irretratável, depois de oferecida a denúncia.

[6] ENUNCIADO 20 – A conduta da vítima de comparecer à unidade policial, para lavratura de boletim de ocorrência, deve ser considerada como representação, ensejando a instauração de inquérito policial.

[7] ENUNCIADO 4 – A audiência prevista no artigo 16 da Lei n.º 11.340/06 é cabível, mas não obrigatória, somente nos casos de ação penal pública condicionada à representação, independentemente de prévia retratação da vítima.

[8] ENUNCIADO 19 – O não comparecimento da vítima à audiência prevista no artigo 16 da Lei n.º 11.340/06 tem como consequência o prosseguimento do feito.

REFERÊNCIAS

BIANCHINI, Alice. *Lei Maria da Penha*: Lei 11.340/2006: aspectos assistenciais, protetivos e criminais da violência de gênero/Alice Bianchini – São Paulo: Saraiva, 2013 – (Coleção saberes monográficos).
CUNHA, Rogério Sanches. *Violência doméstica*: Lei Maria da Penha: comentada artigo por artigo/Rogério Sanches Cunha, Ronaldo Batista Pinto. – 4. ed. rev. Atual. E ampl. – São Paulo: Editora Revista dos

Tribunais, 2012.
DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na Justiça*: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher/ Maria Berenice Dias – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.
HERMANN, Leda Maria. *Maria da Penha Lei com nome mulher*: violência doméstica e familiar, considerações à Lei nº 11.340/2006, comentada artigo por artigo/Leda Maria Hermann – Campinas, SP: Servanda Editora, 2012.
MELLO, Adriana Ramos de. *Comentários à Lei de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher* – 2ª edição. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009.
NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*/Guilherme de Souza Nucci – 3 ed. Rev. atual. E ampl. 2. tir. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.
CAMPOS, Carmen Hein de. *Lei Maria da Penha*: comentada em uma perspectiva jurídico-feminina / Carmen Hein de Campos, organizadora – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

A PUBLICIDADE ENGANOSA NO DIREITO CONSUMERISTA BRASILEIRO

Maria Fernanda Barbosa de Santana*

RESUMO: Cuida-se de uma análise quanto aos limites dispostos pelo Código de Defesa do Consumidor quanto a um tipo ilícito específico de publicidade, com o fito de rechaçar toda forma de publicidade enganosa que possa ludibriar os consumidores, e assim, prejudicar seus direitos. Mecanismos de percepção são postos à prova para identificar esse tipo de ilicitude utilizada para chamar a atenção do cliente com estratégia proibida, com o fim meramente comercial e geração de lucros.

PALAVRAS-CHAVE: Publicidade enganosa. Identificação. Ilicitude

1. INTRODUÇÃO

A publicidade está presente na vida de todas as pessoas, influenciando-as, a fim de obter determinado produto ou serviço. Aí está o perigo! Primeiramente, este anúncio tem o escopo de chamar a atenção dos consumidores e quando atraídos, são surpreendidos por outras regras não dispostas de forma transparente na oferta. Assim, a impossibilidade gerada ao consumidor de perceber o que está implícito na publicidade, faz gerar prejuízos, infringido sobremaneira a lei consumerista. As vantagens trazidas nos informes publicitários não condizem com a realidade, como prometido, desaparecendo o milagroso e único produto ou serviço ofertado no mercado de consumo.

Uma das grandes problemáticas relacionadas à publicidade tratada pelo Código de Defesa do Consumidor (CDC), é que o próprio Código Consumerista não trouxe consigo o conceito de publicidade lícita, aquela que deve ser seguida, a correta, a padrão. Observou-se então, que o legislador somente disciplinou, conceituando a ilicitude na publicidade,

* Analista do Ministério Público do Estado de Sergipe. Graduada em Direito pela Universidade Tiradentes. Pós-graduada no Curso de Especialização *lato sensu* em Direito Público pela Universidade Potiguar (Unp). Pós-graduada no Curso de Especialização *lato sensu* em Direito Civil pela Universidade Tiradentes.

tanto no que diz respeito à conduta comissiva quanto à omissiva. Portanto, é através desta conceituação e delimitação quanto aos elementos, às características e aos efeitos do tipo de publicidade ilícita, que se possibilita compreender o ponto em comum que toda a publicidade deve possuir.

2. USO DOS TERMOS PUBLICIDADE E PROPAGANDA

Há uma infindável discussão no tocante ao uso correto dos termos publicidade e propaganda, como devem ser empregados em obediência à técnica jurídica, debate esse que vai desde o próprio meio publicitário até a seara jurídica.

Sabe-se que o direito é uma ciência em que a linguagem utilizada deve ser a mais precisa possível, por ser de suma importância para uma melhor compreensão, devendo ser empregada de maneira correta e específica para evitar problemas de interpretação sobre o tema discutido ou com a informação transmitida. Por esta razão, faz-se necessária esta distinção entre o termo publicidade e a propaganda.

O termo publicidade é empregado, no sentido tradicional da palavra, no mundo jurídico de forma muito específica, que em síntese significa o conhecimento público de determinado ato, além de também possuir a função de vedar o arbítrio das autoridades, possibilitando o controle público de seus atos, o que significa dizer que

> Publicidade – 1-Processo adequado de divulgar qualquer assunto ou matéria, levando-a ao conhecimento do público por meio de notícia falada, escrita ou impressa. 2-Meio empregado para divulgar ou tornar um ato ou fato do conhecimento do público (NUNES, 1999, p. 701).

Já a tecnologia jurídica deu para o termo propaganda, uma acepção de propagação de ideias, instituições, pessoas, fatos ou ofertas ao público através dos meios de comunicação, tratamento dado pelo Código Penal de 1940, a Lei nº 4.680/65, responsável pela regulamentação da profissão de publicitário e o Decreto nº 57.690/66 (o seu regulamento). O próprio artigo 11[1] do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária disciplina que tanto a propaganda política quanto a político-partidária não são capituladas no supracitado Código, igual situação ocorre com

o CDC, por serem uma publicidade diferente que visa fins diversos dos disciplinados naqueles, inclusive havendo uma regulamentação própria a ser aplicada, qual seja, o Código Eleitoral.

Também ocorre esta distinção de tratamento, por haver interesses e finalidades diversas quanto ao trato no Código Consumerista, já que aqui, a publicidade está ligada ao aspecto econômico, lucrativo, atingindo um mercado de consumo, enquanto que na propaganda política, seu fim é a eleição, fim social, político, vedando a lei eleitoral, qualquer ponto com o comércio financeiro em geral, que possui um fim lucrativo, mercadológico.

Extraindo-se o conceito de publicidade do jurista português Carlos Ferreira Almeida, tem-se que é

> toda e qualquer informação dirigida ao público com o objetivo de promover, directa ou indirectamente, uma atividade econômica; assim como conjunto de meios que visam informar o público e que tentam convencê-lo a adquirir um bem ou serviço (apud BEJAMIN,1999, p. 251).

Portanto, a Lei Consumerista trata somente da publicidade, que em síntese, é uma reunião de técnicas de ação coletiva direcionada a promover o lucro de uma atividade comercial, conquistando, aumentando ou mantendo cliente. Enquanto que a propaganda seria definida como uma reunião de técnicas de ação que pretende promover a adesão a um dado sistema ideológico, não sendo objeto de análise pelo CDC.

3. OS REQUISITOS DE UMA OFERTA PERMITIDA E LÍCITA

O próprio artigo 30[2] do CDC elenca os pressupostos para uma publicidade dentro da legalidade, devendo veicular conteúdo suficientemente preciso, com um mínimo de concisão a fim de influenciar o comportamento do consumidor.

Necessariamente, a oferta não se resume à publicidade, sendo que esta traduz uma informação que nem sempre é publicidade.

O conteúdo da oferta vincula o fornecedor a cumprir o explicitado, tanto o que veiculou determinada informação quanto ao beneficiário da oferta.

Na visão de Walter Ceneviva depreende-se que

> O *dever de informar* o consumidor é feição nova de direito pré-existente, pois amplia objetivamente (impõe elementos próprios da informação legal) e subjetivamente (atinge pessoas indeterminadas) conceitos integrados do ordenamento jurídico vigente antes do Código. Com a ampliação conceitual, as regras de conduta impostas ao fornecedor tornaram-se mais fáceis de serem compreendidas e, assim, mais simples de serem aplicadas.
> A regra geral de informar corretamente impõe uma conduta ao fornecedor. O desrespeito da conduta exigida justifica a queixa do consumidor, atingido pelo dano, o que, em relação à publicidade – na visão restrita relativa ao art. 31 – impõe a aferição objetiva dos elementos do anúncio, na medida em que possam ser compreendidos pelo homem médio. A generalidade das normas do Código tem natureza proibitória em relação à condutas do fornecedor. O art. 31 determina a conduta desejável, apta a provocar dois tipos de intervenção, a contar de seus titulares possíveis. (CENEVIVA, 1991, p.106)

A clareza e veracidade na informação transmitida como anúncio é de relevantíssima importância para facilidade de compreensão do público-alvo da publicidade consumerista. A transparência é fundamental e a própria Carta Magna confere em seu Título II (DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS) proteção jurídica e adequada aos ofendidos e sanção aos infratores, conforme preceitua o art.5º, inciso XXXII[3] e mais especificamente disciplinado nos artigos 36[4], 37[5] e artigo 38[6] do Código Consumerista Brasileiro.

Importante ressaltar que, a defesa do consumidor antes de tudo, é dever do Estado, o qual deve primar pelos interesses coletivos e difusos nas relações de consumo. Portanto, a decisão do consumidor deve ser livre de qualquer pressão publicitária, necessitando ser verdadeira, lícita e cumpridora dos itens prometidos ao cliente alvo daquele anúncio publicitário.

4. A PUBLICIDADE ENGANOSA

A publicidade enganosa vem expressamente conceituada no Código de Defesa do Consumidor,

> É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços (artigo 37, § 1º do CDC[7]).

A característica principal deste tipo de publicidade ilícita é, como o próprio dispositivo legal indica "ser suscetível de induzir em erro o consumidor, mesmo através de suas omissões. O erro é a falsa noção da realidade, que é formada na mente do consumidor por ação da publicidade" (SILVA, 2002, p. 69).

Em verdade, o CDC preferiu definir a publicidade enganosa da forma mais abrangente possível, esclarecendo que sua ocorrência se configurará por qualquer ato, seja por ação ou omissão, que induza ou possa induzir o consumidor em erro, por ser tarefa extremamente difícil para o legislador prever as mais variadas reações possíveis daqueles que foram atingidos pela mesma mensagem publicitária.

Está provado que a mensagem enganosa provoca uma distorção no processo decisório do consumidor, indução ao erro, levando-o a adquirir produtos e serviços que certamente não o consumiria caso fosse melhor informado acerca daquele.

Exemplos de situações envolvendo empresas conhecidas do público que foram punidas por transmissão de mensagens enganosas, foram, a Nestlé e a Parmalat, as quais anunciaram produtos da linha de laticínios prometendo que auxiliavam no crescimento e que reduziam a taxa de colesterol, porém, omitiram a informação de que esses efeitos só poderiam ser alcançados com a prática de atividades físicas concomitantemente ao consumo dos produtos, verificando-se a ocorrência da publicidade enganosa por omissão.

Frisa-se, que mesmo que uma mensagem publicitária apresente

informações verídicas sobre o produto ou serviço ali anunciado, a mesma pode deixar de apresentar as características essenciais, intrínsecas do bem ofertado, omitindo determinada instrução quanto ao seu uso, por exemplo.

Também, ocorrem situações verdadeiramente enganosas quando o anúncio não informa quanto ao devido funcionamento ou que o bem era impróprio para o consumo, da mesma forma em que aquelas que afirmam que determinado bem funciona perfeitamente, quando a realidade é oposta.

Por isso, há também uma classificação da publicidade enganosa, a qual se subdivide em:

4.1 POR COMISSÃO

Refere-se aquele tipo de publicidade em que se diz algo, geralmente características relacionadas à qualidade e à quantidade, referente ao produto ou ao serviço anunciado, que em verdade não existem, oferta algo a mais, principalmente vantagens tentadoras para o consumidor, o qual é levado imediatamente a consumir, sendo irresistível aquela oferta. Porém, constata-se que não passou de uma promessa falsa.

4.2 POR OMISSÃO

Observa-se que na mensagem publicitária por omissão faltaram informações essenciais sobre o bem ofertado, incorrendo ou induzindo o consumidor em erro, caso estivesse bem informado sobre todos os itens essenciais existentes, certamente não o adquiriria.

Salienta-se que erro e falsidade são duas nomenclaturas trazidas neste artigo 37, §1° do CDC[7], que possuem significados distintos. Pois o primeiro, geralmente leva ao consumidor pensar de forma diferente do que fora anunciado, sendo levado a erro, e incorrendo em prejuízo econômico. Enquanto que no segundo, embora também cause dano financeiro, consiste na conduta de pôr alguma informação no anúncio que não corresponda a realidade, ressaltando a falsidade.

5. O ERRO GROSSEIRO NAS PUBLICIDADES

Sabe-se que toda relação contratual deve ser orientada pelo princípio

da boa-fé objetiva, válido para ambas as partes envolvidas, tanto para o consumidor quanto para o fornecedor, assim, não seria diferente nas relações de consumo, por ser espécie de contrato.

O princípio da boa-fé objetiva extrai-se do teor contido no artigo 422 do Código Civil de 2002[8] pelo qual, os contratantes estão ligados a guardar tanto na conclusão do contrato como em sua execução e mesmo nas negociações preliminares, a conduta de lealdade e probidade na relação.

Assim, as partes são obrigadas a observância do bom senso, com supedâneo no princípio da boa-fé objetiva, bem como no princípio da confiança diante da ocorrência de um erro grosseiro na publicidade que possa gerar enriquecimento ilícito ao consumidor e verdadeiro prejuízo para o fornecedor, sendo razoável não gerar a obrigação de cumprimento daquele erro na oferta. Citando um exemplo, quando uma loja anuncia em um panfleto que uma Televisão 42 polegadas, Led 3D custa R$3,00 (três reais) quando na verdade seria R$3.000,00 (três mil reais) é de fácil percepção que houve erro grosseiro. Portanto, neste exemplo, o consumidor tinha condições de saber que se tratava de verdadeiro engano, oriundo de provável erro de digitação por inexistir no mercado esse preço para referido produto, afastando indenização, por ausência de prejuízo, e invocando assim, o princípio da boa-fé objetiva.

6. JULGADOS SOBRE PUBLICIDADE ENGANOSA

O consumo deve ser consciente, livre, com aceitação pautada nas informações adequadas. A publicidade necessita apresentar oferta correta, sem indução do consumidor ao erro, especialmente quanto à qualidade e quantidade do produto ou serviço. É importante que o cliente entenda, de imediato, com facilidade a informação passada, evitando mensagens subliminares[9].

Neste diapasão, é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ), explicitado em julgado abaixo colacionado:

> "DIREITO DO CONSUMIDOR. PUBLICIDADE ENGANOSA. EMPREENDIMENTO DIVULGADO E COMERCIALIZADO COMO HOTEL. MERO RESIDENCIAL COM SERVIÇOS. INTERDIÇÃO PELA MUNICIPALIDADE. OCULTAÇÃO DELIBERADA DE INFORMAÇÃO

PELO FORNECEDOR. ANULAÇÃO DO NEGÓCIO JURÍDICO. INDENIZAÇÃO POR LUCROS CESSANTES E POR DANOS MORAIS DEVIDA.

1. O direito à informação, no Código de Defesa do Consumidor, é corolário das normas intervencionistas ligadas à função social e à boa-fé, em razão das quais a liberdade de contratar assume novel feição, impondo a necessidade de transparência em todas as fases da contratação: o momento pré-contratual, o de formação e o de execução do contrato e até mesmo o momento pós-contratual.

(...)

2. O princípio da vinculação da publicidade reflete a imposição da transparência e da boa-fé nos métodos comerciais, na publicidade e nos contratos, de modo que o fornecedor de produtos ou serviços obriga-se nos exatos termos da publicidade veiculada, sendo certo que essa vinculação estende-se também às informações prestadas por funcionários ou representantes do fornecedor.

3. Se a informação se refere a dado essencial capaz de onerar o consumidor ou restringir seus direitos, deve integrar o próprio anúncio, de forma precisa, clara e ostensiva, nos termos do art. 31 do CDC, sob pena de configurar publicidade enganosa por omissão.

4. No caso concreto, desponta estreme de dúvida que o principal atrativo do projeto foi a sua divulgação como um empreendimento hoteleiro - o que se dessume à toda vista da proeminente reputação que a Rede Meliá ostenta nesse ramo -, bem como foi omitida a falta de autorização do Município para que funcionasse empresa dessa envergadura na área, o que, à toda evidência, constitui publicidade enganosa, nos termos do art. 37, caput e § 3º, do CDC, rendendo ensejo ao desfazimento do negócio jurídico, à restituição dos valores pagos, bem como à percepção de indenização por lucros cessantes e por dano moral. (...) "(Processo REsp 1188442/

> RJ. RECURSO ESPECIAL. 2010/0058615-4. Relator Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO (1140). Órgão julgador T4 – QUARTA TURMA. Data de julgamento 06/11/2012. Data da publicação/fonte Dje 05/02/2013. RDTJRJ vol. 93 p. 101).

Interessante trazer à baila outras jurisprudências do STJ tratando da matéria:

> "ADMINISTRATIVO. PUBLICIDADE ENGANOSA. ART. 37, §1º, DO CDC. LEGALIDADE DA MULTA APLICADA PELO PROCON. PRINCÍPIO DA VERACIDADE DA PUBLICIDADE.
> (...)
> 5. A publicidade enganosa, a luz do Código de Defesa do Consumidor (art. 37, CDC), não exige, para sua configuração, a prova da vontade de enganar o consumidor, tampouco tal nefanda prática também colha que deva estar evidenciada de plano sua ilegalidade, ou seja, a publicidade pode ter aparência de absoluta legalidade na sua vinculação, mas, por omitir dado essencial para formação do juízo de opção do consumidor, finda por induzi-lo a erro ou tão somente coloca dúvidas acerca do produto ou serviço oferecido, contaminando sua decisão.
> 6. Em razão do princípio da veracidade da publicidade, fica evidenciado que a publicidade veiculada pela recorrida é capaz de induzir o consumidor a erro quanto ao preço do serviço, podendo ser considerada enganosa." (Processo REsp 1317338 / MG. RECURSO ESPECIAL 2011/0275068-0 Relator Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES (1141). Órgão Julgador T2 – SEGUNDA TURMA. Data de julgamento 19/03/2013. Data de publicação/fonte Dje 01/04/2013)
> "ADMINISTRATIVO. CONSUMIDOR. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. VÍCIO DE QUANTIDADE. VENDA DE REFRIGERANTE

EM VOLUME MENOR QUE O HABITUAL. REDUÇÃO DE CONTEÚDO INFORMADA NA PARTE INFERIOR DO RÓTULO E EM LETRAS REDUZIDAS. INOBSERVÂNCIA DO DEVER DE INFORMAÇÃO. DEVER POSITIVO DO FORNECEDOR DE INFORMAR. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CONFIANÇA. PRODUTO ANTIGO NO MERCADO. FRUSTRAÇÃO DAS EXPECTATIVAS LEGÍTIMAS DO CONSUMIDOR. MULTA APLICADA PELO PROCON. POSSIBILIDADE. ÓRGÃO DETENTOR DE ATIVIDADE ADMINISTRATIVA DE ORDENAÇÃO. PROPORCIONALIDADE DA MULTA ADMINISTRATIVA. SÚMULA 7/ STJ. ANÁLISE DE LEI LOCAL, PORTARIA E INSTRUÇÃO NORMATIVA. AUSÊNCIA DE NATUREZA DE LEI FEDERAL. SÚMULA 280/ STF. DIVERGÊNCIA NÃO DEMONSTRADA. REDUÇÃO DO "QUANTUM" FIXADO A TÍTULO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. SÚMULA 7/STJ.

1. No caso, o Procon estadual instaurou processo administrativo contra a recorrente pela prática da infração às relações de consumo conhecida como "maquiagem de produto" e "aumento disfarçado de preços", por alterar quantitativamente o conteúdo dos refrigerantes "Coca Cola", "Fanta", "Sprite" e "Kuat" de 600 ml para 500 ml, sem informar clara e precisamente aos consumidores, porquanto a informação foi aposta na parte inferior do rótulo e em letras reduzidas. Na ação anulatória ajuizada pela recorrente, o Tribunal de origem, em apelação, confirmou a improcedência do pedido de afastamento da multa administrativa, atualizada para R$ 459.434,97, e majorou os honorários advocatícios para R$ 25.000,00.

2. Hipótese, no cível, de responsabilidade objetiva em que o fornecedor (lato sensu) responde solidariamente pelo vício de quantidade do produto.

3. O direito à informação, garantia fundamental

> da pessoa humana expressa no art. 5º, inciso XIV, da Constituição Federal, é gênero do qual é espécie também previsto no Código de Defesa do Consumidor.
> 4. A Lei n. 8.078/1990 traz, entre os direitos básicos do consumidor, a "informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentam" (art. 6º, inciso III).
> 5. Consoante o Código de Defesa do Consumidor, "a oferta e a apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores" (art. 31), sendo vedada a publicidade enganosa, "inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços" (art. 37).
> 6. O dever de informação positiva do fornecedor tem importância direta no surgimento e na manutenção da confiança por parte do consumidor. A informação deficiente frustra as legítimas expectativas do consumidor, maculando sua confiança. (...)"(Processo REsp 1364915/MG. Relator Ministro Humberto Martins (1130). Órgão Julgador T2- SEGUNDA TURMA. Data de Julgamento 14/05/2013. Data da publicação/fonte DJe 24/05/2013.)

Destarte, é fundamental a precisão e ostensividade no conteúdo da informação contida na publicidade, com fulcro a ensejar ao consumidor

percepção fácil de constatação do objeto veiculado, sem exigir maiores sacrifícios da pessoa comum.

7. CONCLUSÃO

Com a propagação dos meios de comunicação na sociedade, há constante difusão das informações à população em geral. A grande maioria desprovida de senso crítico, infelizmente é facilmente ludibriada e convencida a adquirir produtos ou serviços danosos, ao bolso ou mesmo à saúde.

No mundo fantástico do *marketing*[10] aquele que lançar a melhor oferta, for mais atraente, suprindo necessidades do público-alvo, tem grandes chances de vencer a concorrência, utilizando-se de técnicas desleais e agressivas, a fim de conquistar o consumidor a qualquer custo. O segredo das ofertas milagrosas é fazer promessas vagas, verdadeiras armadilhas, garantindo solucionar os mais variados problemas, em tempo recorde, apelando para os sonhos do consumidor, com frases do tipo "Fique em forma em 1 dia", "Compre já, não perca mais tempo", "Emagreça comendo tudo", "Adquira a casa própria com menos de R$ 1,00 por dia".

Antes de ficarmos chateados por respondermos emocionalmente a esses tipos de anúncios publicitários, é preciso ressaltar que foram elaborados exatamente para provocarem esse tipo de atitude. Não é falta de inteligência. Aquela mensagem publicitária vai além dos nossos olhos, atinge a mente, o emocional, os sonhos de uma vida inteira.

O "ter" se torna poder, ter um corpo bonito, ter um carro possante, ter uma casa deslumbrante. Os sentimentos humanos são atingidos diretamente, havendo nítido enfraquecimento para não resistirem às tentações.

Infelizmente, a satisfação prometida por esses produtos ou serviços é promessa vã, porque inexistem tais características vinculadas no anúncio. Por outro lado, o consumidor exposto a tantos bombardeios publicitários diários faz com que fiquem mais preparados a recebê-los e selecioná-los.

Em razão disso, torna-se útil para o direito, a renovada interpretação das relações de consumo a partir da publicidade, explicitando com maior clareza as técnicas publicitárias aos consumidores, demonstrando a sua

influência no convencimento da sociedade brasileira, os seus efeitos e a possibilidade de penalizar os infratores da prática da publicidade patológica, especialmente a enganosa.

Não se pode dar as costas para esta realidade mercadológica, razão pela qual o presente trabalho procurou apresentar a publicidade à luz do Direito do Consumidor, destacando a publicidade enganosa.

Entretanto, em geral, deve haver a exata obediência às restrições constitucionais à liberdade criativa e aos princípios e garantias básicas dispostos na lei consumerista, com o compromisso de expor a verdade, a essência do objeto ofertado, com todas as suas características.

Com o trabalho ora delineado, o consumidor tem condições de estar sempre atento nas informações que lhes são transmitidas por meio das publicidades, transmitidas por diversos meios, seja ele televisivo, por revistas, jornais, panfletos, ou mesmo por *spams* na caixa de mensagem eletrônica através da internet.

Abordou-se, aqui, portanto, o mal uso da informação publicitária, responsável por prejuízos ao hipossuficiente, na medida em que o desinforma ou o confunde.

Defende-se assim, o desenvolvimento de meios eficazes de percepção quanto às práticas enganosas no meio publicitário, conscientizando os consumidores do real perigo que estão expostos, evitando prejuízos, e caso esse seja evidenciado, aplique-se sanções bruscas, que impeçam a fomentação deste tipo de atividade patológica à sociedade consumerista.

A MISLEADING ADVERTISING ON RIGHT CONSUMERIST BRAZILIAN

ABSTRACT: Cares is an analysis of the limits arranged by the Code of Consumer Protection about a specific type of illegal advertising, with the aim of rejecting all forms of misleading advertising that could mislead consumers, and thus undermine their rights. Perception mechanisms are tested to identify this type of illegality used to draw the customer's attention with strategy forbidden, in order merely commercial and profit generation.

KEYWORDS: Misleading. Identification. Wrongfulness.

Notas

[1] Artigo 11 do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária: A propaganda política e a político-partidária não são capituladas neste Código.
[2] Artigo 30 do CDC: Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado.
[3] Artigo 5º, inciso XXXII da CF: o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;
[4] Artigo 36 do CDC: A publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal. Parágrafo único. O fornecedor, na publicidade de seus produtos ou serviços, manterá, em seu poder, para informação dos legítimos interessados, os dados fáticos, técnicos e científicos que dão sustentação à mensagem.
[5] Artigo 37 do CDC: É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva. § 1° É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços. § 2° É abusiva, dentre outras a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeita valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança. § 3° Para os efeitos deste código, a publicidade é enganosa por omissão quando deixar de informar sobre dado essencial do produto ou serviço. § 4° (Vetado).
[6] Artigo 38 do CDC: O ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina.
[7] Artigo 422 do CC: Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.
[8] Mensagens subliminares: é a definição usada para o tipo de mensagem que não pode ser captada diretamente pela porção do processamento dos sentidos humanos que está em estado de alerta. Subliminar é tudo aquilo que está abaixo do limiar, a menor sensação detetável conscientemente. http://pt.wikipedia.org/wiki/Mensagem_subliminar
[9] Marketing: é o processo usado para determinar que produtos ou serviços poderão interessar aos consumidores, assim como a estratégia que se irá utilizar nas vendas, comunicações e no desenvolvimento do negócio. http://pt.wikipedia.org/wiki/Marketing

REFERÊNCIAS

ARTONI, Camila. O Fantástico mundo do Marketing. *Revista Galileu*: O prazer de conhecer, São Paulo: Globo, n.167, 2005.
BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 01 nov. 2013.
BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 01 nov. 2013.
BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil.

Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 01 nov. 2013.
BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1188442/ RJ. RECURSO ESPECIAL. 2010/0058615-4. Relator Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO (1140). Órgão julgador T4 – QUARTA TURMA. Data de julgamento 06/11/2012. Data da publicação/fonte Dje 05/02/2013. RDTJRJ vol. 93 p. 101. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/ >. Acesso em 25 Set. 2013.
BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido. REsp 1317338-MG, RECURSO ESPECIAL 2011/0275068-0
Relator Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES (1141). Órgão Julgador T2 – SEGUNDA TURMA. Data de julgamento 19/03/2013. Data de publicação/fonte Dje 01/04/2013. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/ >. Acesso em 25 Set. 2013.
BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Processo REsp 1364915/MG. Relator Ministro Humberto Martins (1130). Órgão Julgador T2- SEGUNDA TURMA. Data de Julgamento 14/05/2013. Data da publicação/fonte DJe 24/05/2013*. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/ >. Acesso em 26 Set. 2013.
BRASIL. Wilipedia. Disponível em: < http://pt.wikipedia.org/wiki/Marketing>. Acesso em 27 Set. 2013.
CENEVIVA, Walter. *Publicidade e Direito do Consumidor.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. 184 p.
FILOMENO, José Geraldo Brito. *Manual de Direitos do Consumidor.* São Paulo: Atlas, 1998.
GRINOVER, Ada Pellegrini, BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos e, FINK, Daniel Roberto, FILOMENO, José Geraldo Brito. WATANABE, Kazuo, NERY, Nelson Jr., DENARI, Zelmo. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor.* Comentado pelos autores do anteprojeto. 6. ed. São Paulo: Forense Universitária, 1999.
JACOBINA, Paulo Vasconcelos. *Publicidade no Direito do Consumidor.* São Paulo: Forense, 1996. 126 p.
NUNES, Pedro. *Dicionário de Tecnologia Jurídica*. São Paulo: Freitas Bastos, 1999.
SILVA, Patrícia Andréa Cáceres. *Da publicidade prejudicial ao consumidor*. São Cristóvão: UFS, 2002. 101 p.

EFEITO VINCULANTE NO DIREITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

Michelangelo Carvalho Nabuco D'Ávila*

RESUMO: A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal Brasileiro vem cada vez mais evidenciando uma forte tendência em admitir a possibilidade de atribuição da eficácia *erga omnes* e vinculante em sede de controle difuso de constitucionalidade, notadamente quando da análise de recursos extraordinários que lhe são submetidos, bem como na admissão e julgamento de reclamações por descumprimento de decisões suas neste tipo de controle. Por consequência, este tribunal vem submetendo os efeitos de suas decisões a sujeitos processuais que não compuseram a demanda em controle difuso, e extirpando, liminar e definitivamente, dispositivos legais. Nesse contexto, o objetivo do presente artigo é fazer um estudo acerca do efeito vinculante do Direito Constitucional brasileiro.

PALAVRAS-CHAVE: Jurisdição. Constituição. Efeito. Vinculante.

1. O EFEITO VINCULANTE

1.1 NOÇÕES GERAIS

Diante dos avanços da jurisdição constitucional não se poderia presumir letargia por parte dos poderes e dos órgãos do Estado. A história evidenciou e evidencia a adoção de medidas nem sempre lícitas por parte dos demais poderes e órgãos com a finalidade de superar os óbices e imposições oriundas do exercício do controle jurisdicional da constitucionalidade das leis.

Assim, ante a recalcitrância dos demais poderes, sobretudo em decorrência da reiteração de conteúdo dos atos ou fatos declarados inconstitucionais, foi possível verificar certa ineficácia das decisões

* Analista Jurídico concursado, Assessor de Procurador-Geral de Justiça do Ministério Público do Estado de Sergipe e Assessor do Presidente do Grupo Nacional de Direitos Humanos – GNDH/CNPG. Bacharel em Direito, Especialista em Direito Processual Civil. Autor do livro *Objetivação do controle difuso de constitucionalidade no STF*, pela Editora Pluscom, em 2014

proferidas pelos órgãos encarregados da jurisdição constitucional.

No desempenho da função legislativa, os demais poderes e órgãos estatais afetados buscam superar as decisões proferidas em sede de jurisdição constitucional e manter o regime jurídico julgado inconstitucional mediante a edição de outros atos normativos do mesmo nível hierárquico. A prática mais óbvia, nesse sentido, consiste na "reprodução material do conteúdo da lei declarada inconstitucional por outra lei" (LEAL, 2006, p. 103-104).

Outra prática legislativa que revela caráter reativo em relação às decisões pronunciadas em sede de jurisdição constitucional consubstancia-se na produção de atos normativos com o objetivo de interferir nos efeitos decorrentes do juízo de inconstitucionalidade. Importa tal expediente na introdução de novo diploma legal que venha a mitigar a eficácia *ex tunc* do julgado, estabelecendo que determinadas situações se mantenham válidas pela lei declarada inconstitucional.

Os demais órgãos jurisdicionais que compõem a organização política do Estado também lançam mão de instrumentos de reação às decisões adotadas no exercício da jurisdição constitucional. O expediente utilizado pelos demais tribunais consiste em limitar-se a cumprir estritamente o que dispõe a decisão, sem, porém atentar para eventual interpretação conforme a Constituição.

Tais obscuros mecanismos trazem significativos prejuízos ao princípio da supremacia da Constituição e, por conseguinte, ao próprio Estado Democrático de Direito. Sobre tal perspectiva, assevera Roger Stiefelmann Leal que

> A substancial irresignação em face das decisões dos Tribunais Supremos, no modelo de jurisdição constitucional difusa, e dos Tribunais Constitucionais, no modelo de jurisdição constitucional concentrada, promove, em síntese, violação inaceitável a própria ordem constitucional. Contrariar a interpretação firmada por tais órgãos é, em última análise, descumprir a Constituição, pois a eles cabe, por indelegável atribuição constitucional, dar a última palavra sobre a constitucionalidade das leis. Inverte a lógica constitucional pretender suportar interpretação diversa da conferida pelo intérprete máximo da Constituição (2006, p. 111-112).

Com efeito, ante a resistência dos demais poderes, sobretudo mediante a reedição material de atos e condutas declarados inconstitucionais, é possível observar certa flexibilização na eficácia das decisões oriundas dos órgãos encarregados da jurisdição constitucional.

Em alguns países da Europa verificou-se a necessidade de reforçar a eficácia das decisões prolatadas no âmbito da jurisdição constitucional, de modo que os demais poderes do Estado, inclusive os tribunais e a administração pública, estivessem vinculados não só a parte dispositiva da decisão, mas também aos motivos, princípios e interpretações que lhe serviram de fundamento.

A imposição da *ratio decidendi* teria como efeito normativo necessário a proibição do uso do expediente da reiteração, bem como a obrigação de eliminar os demais atos que encerram o mesmo vício apontado. Este acréscimo de eficácia denominou-se efeito vinculante.

Cumpre transcrever importante advertência de Roger Stiefelmann Leal sobre o tema em apreço:

> [...] A vinculação dos órgãos e poderes do Estado aos motivos, princípios e interpretações acolhidos pelos órgãos de jurisdição constitucional em suas decisões privilegia a estabilidade das relações sociais e políticas em relação a uma pretensa necessidade de flexibilizar a interpretação da Constituição de modo a adotá-la à realidade de cada momento e corrigir eventuais equívocos ou injustiças. A sujeição dos demais poderes à Constituição e, por conseguinte, ao sentido que lhe empresta a jurisdição constitucional atua no sentido de eliminar eventuais divergências hermenêuticas, em nome dos princípios da segurança jurídica, da igualdade e da unidade da Constituição (2006, p. 114).

Apesar da ponderada advertência feita pelo autor é patente, igualmente, a conclusão segundo a qual, uma vez levado ao extremo, o efeito vinculante pode resultar no congelamento ou na petrificação da interpretação da Constituição. Assim, a abertura e o desenvolvimento da jurisprudência constitucional são os meios adequados para adaptar

o texto constitucional às novas realidades sociais e políticas. Trata-se, portanto, de característica essencial ao instituto do efeito vinculante a sua inaplicação ao intérprete máximo da Constituição.

Aduz Roger Stiefelmann Leal que

> Cumpre, porém, ressaltar que os demais efeitos produzidos pelas decisões proferidas, notadamente a eficácia *erga omnes*, *ex tunc* e a coisa julgada, aplicam-se aos órgãos de jurisdição constitucional, não se estendendo à restrição orgânico-subjetiva que informa o efeito vinculante. Importa dizer que, embora lhe seja admitido modificar a orientação que vinha adotando, à jurisdição constitucional descabe desconsiderar suas decisões para julgar válida a lei que já tenha sido por ela declarada inconstitucional. Em outras palavras, somente o *decisum* contido na parte dispositiva tem o condão de obrigar o próprio órgão julgador (2006, p. 117).

Assim, o efeito vinculante reafirma a consolidação da jurisdição constitucional, alarga os parâmetros utilizados na apreciação da constitucionalidade dos atos normativos e assume verdadeiro *status* de norma constitucional. Em decorrência de tais premissas, assevera Ana Cândida da Cunha Ferraz que "[...] a jurisdição, nesse particular, assume ares de poder Constituinte" (apud LEAL, 2006, p. 118-119).

1.2 EFEITO VINCULANTE NO MUNDO

1.2.1 PRÁTICA CONSTITUCIONAL ALEMÃ

No direito alemão, o efeito vinculante foi introduzido como eficácia das decisões proferidas pelo Tribunal Constitucional daquele país em virtude do que dispõe o art. 31, n. 1 e 2 da lei que dispõe sobre o funcionamento deste tribunal, nos seguintes termos:

> § 31, n. 1: As decisões do Tribunal Constitucional Federal vinculam os órgãos constitucionais da federação e dos estados, assim como todos os órgãos judiciais e autoridades administrativas. § 31,

> n. 2: Nos casos do § 13, n.os 6, 11, 12 e 14, a decisão do Tribunal Constitucional Federal tem força de lei. No caso de uma lei ser declarada compatível ou incompatível com a Lei Fundamental, ou nula. No caso de uma lei ser declarada compatível e incompatível com a Lei Fundamental ou com outras normas federais, ou mesmo nula, a parte dispositiva da decisão deve ser publicada, pelo Ministro Federal da Justiça, no Diário Oficial Federal. O mesmo vale para a parte dispositiva da decisão que trata o § 13, nos 12 e 14.

O efeito vinculante praticado na Alemanha segue de um modo geral os principais parâmetros do instituto, têm por objeto a *ratio decidendi* constante da motivação dos seus julgados, destinando-se aos demais órgãos e poderes do Estado, exceto o próprio Tribunal Constitucional Federal.

Assim, declarada a inconstitucionalidade de determinado ato normativo, ficam os órgãos e poderes das demais unidades da Federação obrigados a conduzir-se segundo a orientação da Corte, bem como revogar textos normativos de conteúdo similar. Igual procedimento quando da decisão que declara a constitucionalidade da lei.

No que se refere à inconstitucionalidade por omissão, quando o Tribunal declara a inconstitucionalidade de determinado comportamento omissivo, os órgãos competentes para saná-lo ficam impelidos a fazê-lo no prazo estipulado pelo Tribunal Constitucional.

A observância do efeito vinculante oriundo das decisões do Tribunal Constitucional Alemão encontra legitimidade na autoridade do próprio tribunal, eventual inobservância não faz incidir qualquer penalidade. Segundo Roger Stiefelmann Leal, "a consequência decorrente do não-cumprimento do efeito vinculante resumir-se-ia à provável reproposição da questão perante o Tribunal Constitucional Federal" (*Op. Cit.*, p. 122).

1.2.2 PRÁTICA CONSTITUCIONAL ESPANHOLA

Do ponto de vista da essência, a prática do efeito vinculante na Espanha não difere da prática Alemã, haja vista que o art. 161, apartado 1, a, evidencia que a interpretação jurisprudencial à declaração de

inconstitucionalidade de ato normativo tem força de lei. Em decorrência disto, a Lei Orgânica do Tribunal Constitucional Espanhol, em seus artigos 38, apartado 1 e 61, apartado 3, preveem a aplicação do efeito vinculante a todos os poderes públicos, nos seguintes termos:

> Art. 38 1. As sentenças proferidas em procedimentos de inconstitucionalidade terão valor de coisa julgada, vincularão a todos os poderes públicos e produzirão efeitos gerais desde a data de sua publicação no Boletim Oficial do Estado. Art. 61 3. A decisão do Tribunal Constitucional vinculará todos poderes públicos e terá plenos efeitos perante todos.

Constitui peculiaridade da prática do efeito vinculante na Espanha, como visto, a publicação do inteiro teor da decisão do Tribunal Constitucional no Boletim Oficial do Estado, em respeito ao caráter vinculativo desta decisão, inclusive em relação aos demais poderes. Tal medida guarda perfeita sintonia com o princípio da publicidade dos atos normativos em geral.

1.2.3 PRÁTICA CONSTITUCIONAL FRANCESA

Diversamente do que ocorre na Alemanha e na Espanha, o efeito vinculante na França é extraído da própria Constituição, nos seguintes termos:

> Art. 62 1. Não poderá ser promulgada nem entrará em vigor uma disposição declarada inconstitucional. 2. As decisões do Conselho Constitucional não são suscetíveis de recurso. Impõem-se aos poderes públicos e a todas as autoridades administrativas e judiciais.

Com fulcro nesse dispositivo da Constituição Francesa, o Conselho Constitucional daquele país admitiu que a autoridade de suas decisões vincula não somente a parte dispositiva, mas também os motivos que servem de apoio ao fundamento da decisão.

Em relação ao Poder Legislativo, a *ratio decidendi* é levada em consideração quando da elaboração dos novos diplomas legais. Entretanto, o legislador francês não se sente obrigado a eliminar ou modificar qualquer legislação em vigor que contrarie a jurisprudência constitucional em seus fundamentos determinantes (PIERRE BOM, apud LEAL, 2006, p. 125).

No que se refere à obrigatoriedade de observância do efeito vinculante por parte das autoridades judiciais francesas, assevera Roger Stiefelmann Leal que:

> Embora a jurisprudência do Conselho Constitucional conte com a progressiva observância das demais autoridades jurisdicionais, a vinculação da *ratio decidendi* das decisões do Conselho Constitucional depende muito, na prática constitucional francesa, da boa vontade dos tribunais dos demais poderes. Registra Drago, nessa linha, a necessidade de mecanismos voltados a assegurar a efetividade, perante as autoridades públicas, das decisões do Conselho Constitucional. A ausência de superioridade orgânica do conselho, em face da preponderância do controle preventivo, não permite que eventuais controvérsias interpretativas se submetam ao seu juízo, nem admite a imposição de penalidades pelo descumprimento dos fundamentos determinantes das decisões (*Op. Cit.*, p. 125-126).

1.2.4 EFEITO VINCULANTE E *STARE DECISIS*

É inevitável a comparação do *stare decisis* oriundo do direito norte-americano com o instituto do efeito vinculante. Apesar de guardarem certas semelhanças, várias são as diferenças entre ambos.

Assim, podem ser mencionadas pelo menos três diferenças entre os dois institutos. A primeira reside no fato de que o efeito vinculante foi concebido no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade europeu, tendo como objeto a solução de eventuais recalcitrâncias ou inconformidades dos demais poderes em decorrência das decisões do Tribunal Constitucional. Sua principal função é, indiscutivelmente, a

repressão à reiteração material de vícios de constitucionalidade.

O *stare decisis,* por seu turno, constitui-se em instrumento concebido no direito norte-americano com o objetivo central de assegurar certa estabilidade na regulação das relações sociais, quando a produção legislativa era ainda escassa ou nula. Não constitui, portanto, prática voltada ao controle da constitucionalidade.

A segunda diferença entre os institutos reside em relação à abrangência dos mesmos. Enquanto o *stare decisis* constitui instrumento de coerência interna do Poder Judiciário, o efeito vinculante tem natureza impositiva externa, gerando a obrigação de sua observância para além das instâncias judiciais, alcançando os demais poderes do Estado.

A terceira e última diferença reside na natureza do vínculo jurídico existente entre a jurisprudência firmada e os destinatários de cada instituto. É indiscutível que o efeito vinculante impõe caráter obrigatório de natureza paranormativa aos órgãos e poderes a que se aplica. O *stare decisis*, por seu turno, malgrado se fale em vinculação dos precedentes, às instâncias inferiores do Poder Judiciário, vale dizer, os juízes e tribunais hierarquicamente inferiores à Suprema Corte, reconhece-se mecanismos para sua insubordinada superação. Sobre tal possibilidade, aduz Dalmo de Abreu Dallari que:

> [...] cabe aos demais órgãos do Poder Judiciário norte-americano, mediante técnicas decisórias específicas – tais como a superação antecipada (*antecipatory overruling*) ou a superação implícita –, desgarrarem-se dos precedentes da Suprema Corte e decidirem casos de maneira diversa (1998, p. 71).

Em arremate, aduz Mattei que "o *stare decisis* norte-americano tolera uma verdadeira revolução copernicana em que uma corte de ínfimo grau de hierarquia abertamente desatende um precedente da Suprema Corte" (apud LEAL, *Op. Cit.*, p. 129).

2. EFEITO VINCULANTE NO BRASIL

A tentativa de imposição a outros entes dos motivos determinantes das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em controle de constitucionalidade não é algo de novo no Brasil. A seguir buscar-se-á

demonstrar, de forma panorâmica, como o fenômeno do efeito vinculante se apresentou no ordenamento jurídico pátrio.

2.1 O §2º DO ART. 59 DA CONSTITUIÇÃO DE 1891

Com o advento do §2º do art. 59 da Constituição de 1891, procurou-se estabelecer uma vinculação dos tribunais estaduais à jurisprudência federal, quando da aplicação da legislação federal, e dos tribunais federais à jurisprudência estadual, quando da aplicação de legislação estadual, nos seguintes termos:

> Art. 59 (...) §2º Nos casos em que houver de aplicar leis dos Estados, a Justiça Federal consultará a jurisprudência dos tribunais locais, e vice-versa, as justiças dos Estados consultarão a jurisprudência dos tribunais federais, quando houverem de interpretar leis da União.

A questão a ser analisada é a de saber se tal consulta resultava numa obrigação de observância ou não. Respondendo a tal questionamento, aduz João Barbalho Uchoa Cavalcanti que

> É óbvio que a jurisprudência federal deve ser respeitada pelas justiças locais. Ela vale por lei e obriga a todas as jurisdições. E se assim não fosse, o direito federal viria a ser vario, multiforme e incerto. Cada Estado o poderia entender e aplicar a seu modo e, quando quisesse, estabeleceria nova jurisprudência para seu uso (apud LEAL, 2006, p. 132).

Com efeito, malgrado a lógica de argumentação apresentada pelo autor o entendimento que prevaleceu foi aquele segundo o qual o comando constitucional estaria a determinar aos tribunais que examinassem a interpretação e aplicação das leis realizadas pelos órgãos judicantes da outra esfera federativa de modo a bem se instruírem acerca da finalidade dos preceitos legais.

Segundo Pedro Lessa "nenhum tribunal estaria obrigado a adotar

cegamente a jurisprudência errônea, infundada, injustificável, seguida pelos tribunais de outra espécie" (apud LEAL, *Op. Cit.*, p. 133).

2.2 O DECRETO N.º 23.055/1933

No ano de 1933, foi editado o Decreto nº 23.055 que vinculava os tribunais estaduais à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, relativamente à interpretação de direito federal. Assim versava o art. 1º do citado decreto:

> Art. 1º As justiças dos Estados, do Distrito Federal e do Território do Acre devem interpretar as leis da União de acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Sem dúvidas, a preocupação com a uniformidade jurisprudencial do direito federal foi a diretriz maior do efeito vinculante no início do período republicano.

2.3 SÚMULAS DE JURISPRUDÊNCIA PREDOMINANTE DO STF

Três décadas depois, em 1963, cria-se a súmula de efeito predominante do Supremo Tribunal Federal. A força impositiva que dela emanava decorria da autoridade moral e persuasiva dos seus fundamentos, e não de uma coercitividade legal, peculiar à súmula vinculante, a ser tratada em momento oportuno.

Embora desprovidas de eficácia normativa em sentido estrito, o ordenamento jurídico pátrio passou a conferir à súmulas de jurisprudência predominante efeitos de natureza processual. Sendo assim, em caso de recurso que contrariasse jurisprudência sumulada estava o ministro relator autorizado a determinar o arquivamento do feito, resguardada a possibilidade de interposição de agravo regimental.

Seguindo esta orientação, o legislador infraconstitucional aprovou a Lei nº 8.038 de 28 de maio de 1990 que em seu art. 38 instituiu permissivo ao ministro relator do processo de negar seguimento ao pedido de recurso que contrariar, nas questões predominantemente de direito, súmula do respectivo tribunal.

Na mesma linha a Lei nº 9.756 de 17 de dezembro de 1998, que

alterou o art. 557 do Código de Processo Civil, para dar nova redação no sentido de autorizar a negativa de seguimento de recurso que esteja em confronto com súmula ou jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal, tendo o §1º do citado dispositivo admitido o provimento monocrático do recurso pelo relator na hipótese da decisão recorrida contrariar manifestamente súmula ou jurisprudência dominante do STF.

Inobstante tamanha potencialização de efeitos atribuídos às súmulas e jurisprudência dominante do STF, não comportam, segundo Roger Stiefelmann Leal, "os verbetes sumulados elemento de compulsoriedade normativa que submeta os demais juízes à sua necessária observância" (*Op. Cit.,* p. 135).

Assim, assevera André Ramos Tavares que:

> A eficácia adicional que decorre dos próprios julgados do STF, sumulados ou não, é a que dispensa a realização pelos órgãos fracionários dos tribunais de incidente de inconstitucionalidade perante o órgão especial ou o plenário, constante do parágrafo único do art. 481 do CPC (2005, p. 236).

Com efeito, em decorrência do surgimento no ordenamento jurídico pátrio das súmulas vinculantes, as súmulas de jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal tendem ao desuso.

2.4 A REPRESENTAÇÃO INTERVENTIVA E A EFICÁCIA DE SUAS DECISÕES

A Emenda Constitucional nº 07/77 instituiu a denominada representação interpretativa de lei ou ato normativo federal ou estadual, instituto que mais se aproxima do efeito vinculante, pois apesar de não ser aplicado em procedimento de controle abstrato da constitucionalidade, comportava vinculação de interpretação de lei e, ainda que reflexamente, de preceito constitucional, com eficácia *erga omnes,* incluindo aí os demais poderes e órgãos do Estado.

2.5 A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 03/93

A Emenda Constitucional nº 03/93 introduziu na ordem constitucional

brasileira a Ação Declaratória de Constitucionalidade - ADC e, junto com ela, a figura do efeito vinculante, nos seguintes termos:

> Art. 102, §2.º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo.

O Supremo Tribunal Federal, utilizando-se da interpretação ampliativa, estendeu o efeito vinculante, também, às decisões proferidas nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade - ADIN, tendo como destinatários os demais órgãos do Poder Judiciário e a Administração Pública Federal, Estadual e Municipal, conforme decisão abaixo transcrita:

> A grande inovação instituída pela EC 3/93, no entanto, concerne à outorga de efeito vinculante às decisões definitivas de mérito — quer as que confirmam a constitucionalidade (juízo de procedência da ação), quer as que declaram a inconstitucionalidade de leis ou atos normativos federais (juízo de improcedência da ação) — proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de ação declaratória de constitucionalidade (CF, art. 102, § 2º). (PET 1.402-MC, Rel. Min. Celso de Mello, decisão monocrática, julgamento em 4-3-98, *DJ* de 16-3-98)

2.6 AS LEIS 9.868/99 E 9.882/99 E O EFEITO VINCULANTE

Por ocasião da aprovação da Lei nº 9.868 de 10 de novembro de 1999, referida interpretação ampliativa lançada pelo STF em reiteradas decisões ganhou *status* infraconstitucional. Tal ato normativo dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

O art. 28 e parágrafo único da citada norma têm a seguinte redação:

> Art. 28. Dentro do prazo de dez dias após o trânsito

> em julgado da decisão, o Supremo Tribunal Federal fará publicar em seção especial do *Diário da Justiça e do Diário Oficial da União* a parte dispositiva do acórdão. Parágrafo único. A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.

Assim, a Lei 9.868/99 estendeu o efeito vinculante às decisões prolatadas em ADIN, elegendo como seus destinatários os órgãos do Poder Judiciário e a administração pública federal, estadual e municipal.

Com efeito, algumas semanas após a edição da Lei nº 9.868/99, foi promulgada e publicada a Lei nº 9.882 de 3 de dezembro de 1999, que dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Às decisões proferidas em sede da ADPF, o legislador infraconstitucional, no art. 10, §3º, conferiu eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público.

Estava sacramentado o efeito vinculante no controle concentrado de constitucionalidade brasileiro, reservado, portanto às decisões proferidas em sede de ADC, ADIN e ADPF.

Sobre tal perspectiva aduz Roger Stiefelmann Leal que:

> Ao menos até a Emenda Constitucional nº 45/2004, a pureza de conformação jurídica, de matriz europeia, do efeito vinculante foi mantida, na medida em que passou a ter lugar apenas no exercício do controle abstrato de constitucionalidade (*Op. Cit.,* p. 142).

Destaca-se, entretanto, a grande discussão doutrinária e jurisprudencial acerca da existência ou não do efeito vinculante nas hipóteses de interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto. Ao que parece, o citado parágrafo único do art. 28, neste ponto, está eivado de

inconstitucionalidade, haja vista que a constituição Federal de 1988 não vislumbrou tal permissivo e, assim sendo, houve por parte do legislador infraconstitucional usurpação de competência constitucional, pendendo sobre tal dispositivo, a pecha da inconstitucionalidade.

2.7 AS MODIFICAÇÕES INTRODUZIDAS PELA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45/2004

A Emenda Constitucional n.º 45, de 8 de dezembro de 2004, trouxe três importantes modificações no efeito vinculante brasileiro. A primeira modificação foi a nova redação do §2º do art. 102, consagrando, em âmbito constitucional, a extensão do efeito vinculante à ADIN e a alteração da definição dos destinatários de tal efeito, nos seguintes termos:

> § 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

Substitui-se, no que se refere ao destinatário do efeito vinculante, o Poder Executivo pela administração pública, aproximando-se da redação adotada pela Lei nº 9.868/99.

A segunda modificação foi a atribuição de efeito vinculante às súmulas aprovadas por 2/3 dos membros do STF, que resultem de entendimento reiterado da Corte em matéria constitucional. Trata-se, pois, de inovação introduzida pela referida Emenda nos seguintes termos:

> Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal,

> bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. § 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica. § 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade. § 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso."

Sobre tal modificação pondera Roger Stiefelmann Leal que:

> Pela primeira vez, desde sua incorporação a ordem jurídica brasileira, o efeito vinculante é conferido sem que expressamente se atribua eficácia contra todos. Em outras palavras, sugere a literalidade do texto constitucional que, diferentemente das decisões que alude o §2º do art. 102 da Constituição, a súmula instituída pela Emenda nº 45/2004 não produz eficácia *erga omnes,* mas apenas efeito vinculante. Além disso a disciplina do art. 103-A rompe, em parte, com a concepção de raiz europeia que inspira o instituto, pois, nesse particular, estende-o a decisões adotadas fora do controle abstrato de constitucionalidade (*Op. Cit.,* p 144).

Assim, não se tratou propriamente de instituir uma súmula vinculante e sim de reconhecer efeito vinculante às súmulas que observarem os requisitos estipulados pelo art. 103-A da Constituição Federal. Esta

questão não se reduz a mero trocadilho de palavras haja vista que acaso não seja observado o dispositivo em comento a súmula limitar-se-á, neste caso, à sua autoridade moral e persuasiva.

Deste modo, as súmulas a que não se reconhece efeito vinculante, nos termos do art. 103-A, conservam o mesmo *status* jurídico das súmulas de jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal. A súmula vinculante é, necessariamente, uma categoria especial de súmula.

Neste diapasão, a atribuição de efeito vinculante às súmulas do STF, a exemplo do que ocorre com suas próprias decisões em controle abstrato de constitucionalidade, tem como resultado direto e conclusivo a imposição dos fundamentos determinantes. Entretanto, apesar de não ser objeto deste trabalho monográfico, cumpre dizer, ainda que em poucas palavras, que a imposição dos efeitos determinantes na hipótese de súmula vinculante deriva dos fundamentos determinantes dos precedentes que lhe deram origem. A questão, sem dúvida, é tão intrigante que desafiaria um trabalho monográfico autônomo sobre o tema.

Sobre tal inovação pondera Roger Stiefelmann Leal que:

> [...] Cumprirá aos destinatários do efeito vinculante observar não só o enunciado da súmula, mas também as condições e circunstâncias em que tem aplicação (*Op. Cit.*, p. 177).

3. O OBJETO DO EFEITO VINCULANTE NO BRASIL

Sob uma perspectiva estritamente ligada ao exame do direito comparado, a autonomia de significado do efeito vinculante nos ordenamentos jurídicos decorre da exclusão dos aspectos elementares às definições de coisa julgada e eficácia contra todos. Esta é a premissa básica a nortear a compreensão do instituto enquanto mecanismo a serviço do controle jurisdicional da constitucionalidade.

O efeito vinculante, tal como foi concebido no sistema europeu de controle concentrado de constitucionalidade, implica a imposição contra todos não da parte dispositiva da decisão final proferida, mas dos fundamentos emanados da mesma, como se pôde notar no retrospecto histórico do instituto realizado nos subtópicos antecedentes.

A parte dispositiva da decisão, por ser efeito extraído da qualidade da coisa julgada, não pode, em decorrência disto e com olhos posto no

sistema europeu, corresponder ao conteúdo do efeito vinculante. Assim, restaria inequívoca a compreensão do efeito vinculante enquanto instituto voltado a tornar obrigatória parte da decisão diversa da dispositiva aos órgãos e entidades relacionados no texto normativo.

É assim que parte da doutrina e da jurisprudência brasileira pensa, ou seja, o objeto do efeito vinculante, segundo essa perspectiva, transcende o *decisum* alcançando os fundamentos determinantes, a *ratio decidendi* subjacente ao julgado (MENDES, *Op. Cit.,* p. 330).

Da vinculação dos efeitos determinantes decorreria a vedação aos destinatários de reproduzir em substância o ato declarado inconstitucional, de manter outros atos de conteúdo semelhante e de adotar via interpretativa diversa da acolhida pelo órgão encarregado da jurisdição constitucional.

Com efeito, seguindo essa linha argumentativa, assevera Luis Roberto Barroso, que o Supremo Tribunal Federal, em sucessivas decisões, tem estendido os limites objetivos e subjetivos das decisões proferidas em sede controle abstrato de constitucionalidade, com base numa construção que vem sendo denominada *transcendência dos motivos determinantes* (*Op. Cit.,* p. 184).

Cabe registrar, neste ponto, por relevante, que o Plenário do STF, no exame final da Rcl 1.987/DF, Rel. Min. Maurício Correa, expressamente admitiu a possibilidade de reconhecer-se, no sistema jurídico brasileiro, a existência do fenômeno da "transcendência dos motivos que embasaram a decisão" proferida em processo de fiscalização normativa abstrata, proclamando que o efeito vinculante refere-se, também, à própria "*ratio decidendi*", projetando-se, em consequência, para além da parte dispositiva do julgamento, "*in abstracto*", de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade.

Segundo tal interpretação jurisprudencial do STF, os juízes e tribunais devem acatamento não somente ao dispositivo do acórdão, mas igualmente às razões de decidir, ou seja, devem respeitar os fundamentos da decisão. Em consequência disto, tem-se admitido reclamação contra qualquer ato, administrativo ou judicial, que contrarie a interpretação constitucional pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado de constitucionalidade, ainda que a ofensa se dê de forma oblíqua.

Foi o que se verificou em um caso concreto envolvendo o Estado de

Sergipe onde o plenário do STF entendeu que a justiça sergipana não podia considerar inconstitucional lei de conteúdo idêntico a outra do Estado do Piauí anteriormente declarada constitucional pelo Supremo (DJU, 11 de março de 2005, Rcl 2.986/SE, rel. Ministro Celso Mello).

O mesmo Supremo Tribunal Federal atribuiu legitimidade ativa a terceiros para a propositura de reclamação em caso de descumprimento dos fundamentos de suas decisões em controle concentrado, é dizer, o Supremo tem atribuído legitimidade a quem não foi parte em processo objetivo sob o argumento de que seja necessário para assegurar o efetivo respeito aos julgados da Corte.

Ao apreciar esse aspecto da questão, o STF tem enfatizado, em sucessivas decisões, que a reclamação reveste-se de idoneidade jurídico-processual, se utilizada com o objetivo de fazer prevalecer a autoridade decisória dos julgamentos emanados desta Corte, notadamente quando impregnados de eficácia vinculante, nos seguintes termos:

> O DESRESPEITO À EFICÁCIA VINCULANTE, DERIVADA DE DECISÃO EMANADA DO PLENÁRIO DA SUPREMA CORTE, AUTORIZA O USO DA RECLAMAÇÃO. O descumprimento, por quaisquer juízes ou Tribunais, de decisões proferidas com efeito vinculante, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, em sede de ação direta de inconstitucionalidade ou de ação declaratória de constitucionalidade, autoriza a utilização da via reclamatória, também vocacionada, em sua específica função processual, a resguardar e a fazer prevalecer, no que concerne à Suprema Corte, a integridade, a autoridade e a eficácia subordinante dos comandos que emergem de seus atos decisórios. (Rcl 1.722/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, Pleno); [...] LEGITIMIDADE ATIVA PARA A RECLAMAÇÃO NA HIPÓTESE DE INOBSERVÂNCIA DO EFEITO VINCULANTE. Assiste plena legitimidade ativa, em sede de reclamação, àquele – particular ou não – que venha a ser afetado, em sua esfera jurídica, por decisões de outros magistrados ou Tribunais que se revelem contrárias ao entendimento fixado,

> em caráter vinculante, pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento dos processos objetivos de controle normativo abstrato instaurados mediante ajuizamento, quer de ação direta de inconstitucionalidade, quer de ação declaratória de constitucionalidade. Precedentes: RTJ 187/151, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno (Rcl 1.880-AgR/SP, Rel. Min. Maurício Corrêa).

Apesar da discussão acerca da transcendência dos motivos determinantes se restringir ao controle concentrado de constitucionalidade, vem tomando força no Supremo Tribunal Federal a possibilidade de atribuição do efeito vinculante aos motivos da decisão em sede de controle. Assim, o STF, rompendo com a inspiração europeia que atribui efeitos vinculantes, tão somente, às decisões oriundas do controle abstrato de constitucionalidade, passou a atribuí-los, também, às decisões proferidas no controle concreto.

O marco inicial de tal movimento foi a decisão proferida pelo STF no RE 197.917/SP, publicada no DJU em 27 de fevereiro de 2004, que interpretou a cláusula constitucional da proporcionalidade do número de vereadores em cada município brasileiro. Em que pese proferida no controle difuso, cujos efeitos, em regra, deveriam se restringir apenas as partes envolvidas, neste caso ao município de Mira Estrela/SP, foi atribuída à referida decisão eficácia *erga omnes*, extensiva aos demais municípios brasileiros, culminando, inclusive, com a edição de resolução pelo TSE.

Cite-se, ainda, o caso dos recursos extraordinários oriundos de decisão dos Juizados Especiais Federais, em que seu julgamento pelo STF produz efeitos vinculantes para as Turmas Recursais, que deverão retratar-se ou declarar prejudicados os REs interpostos, que versem sobre a mesma matéria decidida pela Egrégia Corte, podendo o STF conceder, ainda, medida liminar determinando o sobrestamento dos demais processos que versem sobre a mesma matéria constitucional, até apreciação do recurso pela Corte Suprema (art. 321, §5º do RISTF).

Sobre a matéria acima vertida assim prevê o artigo 321, §5º do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal:

> Ao recurso extraordinário interposto no âmbito dos Juizados Especiais Federais, instituídos pela

> Lei n. 10.259, de 12 de julho de 2001, aplicam-se as seguintes regras: I – verificada a plausibilidade do direito invocado e havendo fundado receio da ocorrência de dano de difícil reparação, em especial quando a decisão recorrida contrariar Súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, poderá o Relator conceder, de ofício ou a requerimento do interessado, *ad referendum* do Plenário, medida liminar para determinar o sobrestamento, na origem, dos processos nos quais a controvérsia esteja estabelecida, até o pronunciamento desta Corte sobre a matéria; [...] VI – eventuais recursos extraordinários que versem idêntica controvérsia constitucional, recebidos subsequentemente em quaisquer Turmas Recursais ou de Uniformização, ficarão sobrestados, aguardando-se o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal; VII – publicado o acórdão respectivo, em lugar especificamente destacado no *Diário da Justiça da União*, os recursos referidos no inciso anterior serão apreciados pelas Turmas Recursais ou de Uniformização, que poderão exercer o juízo de retratação ou declará-los prejudicados, se cuidarem de tese não acolhida pelo Supremo Tribunal Federal; VIII – o acórdão que julgar o recurso extraordinário conterá, se for o caso, Súmula sobre a questão constitucional controvertida, e dele será enviada cópia ao Superior Tribunal de Justiça e aos Tribunais Regionais Federais, para comunicação a todos os Juizados Especiais Federais e às Turmas Recursais e de Uniformização.

Referido texto, introduzido pela Emenda ao RISTF nº 12/2003, teve a "participação ideológica" do Ministro Gilmar Mendes, lecionando no Processo Administrativo nº 318.715/STF que

> O recurso extraordinário deixa de ter caráter marcadamente subjetivo ou de defesa de interesses das partes, para assumir, de forma decisiva, a função

> de defesa da ordem constitucional objetiva. Trata-se de orientação que os modernos sistemas de Corte Constitucional vêm conferindo ao recurso de amparo e ao recurso constitucional. [...] A função do Supremo nos recursos extraordinários – ao menos de modo imediato, não é a de resolver litígios de fulano ou de beltrano, nem a de revisar todos os pronunciamentos das Cortes inferiores. O processo entre as partes, trazidos à Corte via Recurso extraordinário, deve ser visto apenas como pressuposto para uma atividade jurisdicional que transcende os interesses subjetivos.

De modo semelhante se manifestou o Ministro quando do julgamento plenário da Rcl 2.363/PA:

> [...] Assinale-se que a aplicação dos fundamentos determinantes de um 'leading case' em hipóteses semelhantes tem-se verificado, entre nós, até mesmo no controle de constitucionalidade das leis municipais. Em um levantamento precário, pude constatar que muitos juízes desta Corte têm, constantemente, aplicado em caso de declaração de inconstitucionalidade o precedente fixado a situações idênticas reproduzidas em leis de outros municípios. Tendo em vista o disposto no 'caput' e § 1º-A do artigo 557 do Código de Processo Civil, que reza sobre a possibilidade de o relator julgar monocraticamente recurso interposto contra decisão que esteja em confronto com súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, os membros desta Corte vêm aplicando tese fixada em precedentes onde se discutiu a inconstitucionalidade de lei, em sede de controle difuso, emanada por ente federativo diverso daquele prolator da lei objeto do recurso extraordinário sob exame. [...] Não há razão, pois, para deixar de reconhecer o efeito vinculante da decisão proferida na ADIn. Nesses termos, meu voto é no sentido da procedência da presente reclamação.

Cumpre registrar, por fim, a existência da Reclamação n.º 4.335-5 oriunda do Estado do Acre, sob relatoria do Ministro Gilmar Mendes. Trata-se do que vem sendo denominado pela doutrina e jurisprudência de "objetivação do controle difuso da constitucionalidade" em que se busca garantir efeitos abstratos às decisões em tal controle.

Segundo tal objetivação, estaria o STF autorizado a atribuir eficácia *erga omnes* e vinculante não só aos motivos determinantes em controle difuso, mas atribuir tais efeitos ao dispositivo do acórdão, com eficácia para além dos envolvidos no caso concreto. Tal sistemática será analisada em capítulo próprio neste trabalho monográfico.

Com efeito, traçadas, ainda que panoramicamente, as premissas básicas sobre a ótica do objeto do efeito vinculante, cumpre refletir se realmente tal entendimento encontra respaldo na Constituição Federal de 1988. A resposta que antecipadamente se impõe é a negativa.

Com efeito, o objeto do efeito vinculante no ordenamento constitucional brasileiro merece um exame mais detalhado. A Constituição Federal de 1988, no §2º, do art. 102 nada fala acerca dos fundamentos das decisões oriundas do controle concentrado da constitucionalidade, muito menos do controle difuso, de modo que retirar de um dispositivo claro e preciso tal possibilidade é um erro grave que compromete o exercício democrático da jurisdição constitucional, especialmente porque ao prevalecer tal entendimento haveria um engessamento dos juízes e tribunais, posto que estariam tolhidos em sua liberdade interpretativa.

É dizer, se um dispositivo é declarado inconstitucional pelo STF sob a alegação de que tal ou qual interpretação ou fundamento é inconstitucional seria atribuir um poder a esse Tribunal que a Constituição não consagra. O poder do guardião da Constituição encontra nesta os limites de sua atuação e não pode fazer dela uma ferramenta a serviço de seus próprios interesses.

O texto constitucional é claro ao prevê que as decisões de mérito proferidas pelo STF, em sede de ADIN ou ADC, e não em controle difuso, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante. Nesse sentido o que seria então uma decisão de mérito? Estariam os fundamentos da decisão compreendidos no mérito da mesma? Não, na medida em que os fundamentos da decisão não transitam em julgado, não vinculam o julgador, podendo o entendimento ser alterado, sobrevindo mutações fáticas ou jurídicas.

Assim sendo, os fundamentos da decisão, enquanto acessórios desta, não são oponíveis contra todos, até que o texto da Constituição seja alterado e tal permissivo seja consignado na Carta da República. É sabido que o efeito vinculante no sistema europeu de controle concentrado de constitucionalidade tem como objeto os fundamentos da decisão. Entretanto, o ordenamento jurídico brasileiro reflete a necessidade de se adequar tal instituto, sobretudo em decorrência da adoção de um sistema misto de controle da constitucionalidade em que convivem o modelo difuso e o modelo concentrado.

Dito isto, por opção do Legislador Constituinte Brasileiro, o objeto do efeito vinculante no Brasil é a decisão definitiva de mérito proferida pelo STF em controle concentrado de constitucionalidade, notadamente no exame de ADIN e ADC e não os fundamentos da decisão, tal como ocorre, genuinamente, no sistema europeu. Com muito mais razão não há que se falar em transcendência dos motivos determinantes na hipótese do exercício do controle difuso da constitucionalidade.

Em arremate, assume o efeito vinculante papel decisivo na tensão existente entre a estabilidade e a dinâmica da jurisprudência constitucional. Se de um lado existem relevantes princípios que exigem segurança e previsibilidade da interpretação constitucional, de outro, as constantes alterações da vida social e política do país e o necessário aperfeiçoamento do direito constitucional estão a requerer certa mobilidade hermenêutica da jurisdição constitucional. Esta mobilidade, entretanto, não pode se aperfeiçoar de qualquer forma, mas segundo as diretrizes estabelecidas no próprio texto constitucional.

4. OS DESTINATÁRIOS DO EFEITO VINCULANTE

A definição dos destinatários do efeito vinculante não é tarefa fácil no ordenamento jurídico brasileiro. A Constituição Federal de 1988, até a edição da Emenda Constitucional nº 3/93, conferia efeito vinculante apenas às decisões de mérito proferidas em ADC, conquanto em 1999 a legislação infraconstitucional já previa que tal efeito também se daria nas decisões de mérito proferidas em sede de ADIN e ADPF.

A EC nº 3/93 por seu turno, conferiu redação ao art. 102, §2º da Constituição Federal e estabeleceu que como destinatários do efeito vinculante os demais órgãos do Poder Judiciário e o Poder Executivo.

A Emenda Constitucional nº 45/2004, por sua vez, alterou a redação do citado dispositivo constitucional para estabelecer que as decisões de mérito proferidas em sede de ADIN ou ADC terão efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

Em conclusão, são destinatários do efeito vinculante no Brasil os demais órgãos Poder Judiciário e a administração pública direta e indireta das três esferas federativas. Cumpre enfatizar, por oportuno, que o Poder Legislativo não é destinatário do efeito vinculante no ordenamento jurídico pátrio.

5. CONCLUSÃO

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal brasileiro vem cada vez mais evidenciando uma forte tendência em admitir a possibilidade de atribuição da eficácia *erga omnes* e vinculante em sede de controle difuso de constitucionalidade, notadamente quando da análise de recursos extraordinários que lhe são submetidos, bem como na admissão e julgamento de reclamações por descumprimento de decisões suas neste tipo de controle. Por consequência, este tribunal vem submetendo os efeitos de suas decisões a sujeitos processuais que não compuseram a demanda em controle difuso, e extirpando, liminar e definitivamente, dispositivos legais. Nesse contexto, o objetivo do presente artigo é fazer um estudo acerca do efeito vinculante do Direito Constitucional brasileiro.

BINDING EFFECT IN THE BRAZILIAN CONSTITUTIONAL LAW

ABSTRACT: The jurisprudence of the Brazilian Supreme Court is increasingly showing a strong tendency to admit the possibility of assigning the binding effect *erga omnes* and in headquarters of general control of constitutionality, notably when analyzing extraordinary features that are submitted as well as admission and trial of claims for breach of their decisions in this type of control. Consequently, this court has subjected the effects of their decisions procedural subjects who were not included in the demand on fuzzy control, and weeding, and definitely preliminary, legal devices. In this context, the aim of this article is to make a study of the binding effect of the Brazilian constitutional law.

KEYWORDS: Jurisdiction. Constitution. Effect. Binding.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. (Coord.). *Comentários à Reforma do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. 205p.
BARRETO, Tobias. *Introdução ao estudo do direito*. São Paulo: Landy, 2001, p. 31.
BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2006.333p.
BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Celso Bastos, 2002. 806p.
BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 2. ed. Rio de Janeiro: FGV, 1972, 578p.
BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, 859p.
CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed., Coimbra - Portugal: Almedina, 1993, 1.167p.
CUNHA JUNIOR, Dirley da. *Curso de direito constitucional*. Bahia: JusPodium, 2007. 1095p.
CUNHA, Sérgio Sérvulo da. Introdução à edição brasileira. In: KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. 344p.
DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*. São Paulo: Saraiva, 1998, 242p.
FAVOREU, Luís. *As cortes constitucionais*. Tradução Dunia Marinho Silva. São Paulo: Landy Editora, 2004.
FERRAZ, Ana Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição*. São Paulo: Max Limonade, 1986. 457p.
LEAL, Roger Stiefelmann. *O efeito vinculante na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2006, 208p.
MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. *Direito constitucional*. São Paulo: RT, 2005, 479p.
MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*: estudos de direito constitucional. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, 483p.
MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003, 2.978p.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 15 ed. São Paulo: Atlas, 2004. 827p.
MORO, Sérgio Fernando. *Jurisdição constitucional como democracia*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, 335p.
HORTA, Raul Machado. *Direito constitucional*. 3. ed. Belo Horizonte: DelRey, 2002, 725p.
RODRIGUES, Leda Boechat. *História do Supremo Tribunal Federal*: Tomo I: Defesa das Liberdades Civis. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991, 189p.
SGARBI, Adrian. *Hans Kelsen*: Ensaios introdutórios. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, 169p.
SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, 924p.
STRECK, Lenio; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; LIMA, Martonio Mont´Alverne Barreto. *A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso*: Mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. Disponível em: <http://www.leniostreck.com.br>. Acesso em: 20 nov. 2007.
TAVARES, André Ramos. *Teoria da justiça constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005, 565p.
TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCON, Pietro de Jesus Lora. (Org). *Reforma do judiciário analisada e comentada*. São Paulo: Método, 2006. 318p.
TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, 221p.

CONSIDERAÇÕES ACERCA DO COMÉRCIO ELETRÔNICO E SUAS IMPLICAÇÕES NO DIREITO DO CONSUMIDOR

Paulo Fernando Santos Pacheco*

RESUMO: O presente artigo tem por finalidade analisar o Comércio Eletrônico e suas implicações no Direito do Consumidor. O tema apresentado, e pontualmente delimitado, é de atual relevância no cenário jurídico, o que faz referência a diversas provocações, tanto nas implicações jusfilosóficas sobre os direitos quanto nas análises da efetivação e da garantia de proteção e defesa dos direitos do consumidor em relação à atuação do Poder Judiciário. Para defender, a atual necessidade de evolução dos Poderes Públicos na defesa do consumidor, o nosso trabalho fora dividido nos seguintes capítulos: posição dos juízes e tribunais; comércio eletrônico: conceito, implicações e dados estatísticos; regramento jurídico; CDC e Decreto 7.962/13; projetos de lei em tramitação; as revoluções tecnológicas, modificação da atuação estatal e o surgimento do direito do consumidor. Por fim, deve-se afirmar que tal estudo é de grande valia para os operadores do Direito, ante a recente regulamentação do comércio eletrônico, bem como de uma recente posição jurisprudencial.

PALAVRAS-CHAVE: Revolução Industrial. Comércio Eletrônico. Jurisprudência.

1. INTRODUÇÃO

Nosso artigo científico tem como finalidade fazer uma análise sobre o Direito do Consumidor frente a utilização do comércio eletrônico, como gerador de contratos, em especial relações jurídicas de consumo, sem que o consumidor e o fornecedor estejam frente a frente.

O tema apresentado, e pontualmente delimitado, é de atual relevância

* Professor do Curso de Direito da Universidade Tiradentes; Professor convidado na Pós-Graduação da FASE. Advogado OAB/SE 5003. Graduado pela Universidade Tiradentes (2008). Pós-graduado em Direito e Processo do Trabalho, pela Universidade Anhanguera/Núcleo Trabalhista Calvet. Aluno Especial do Mestrado em Direitos Humanos da UFS. E-mail: paulopachecoadvogado@gmail.com.

no cenário jurídico, o que faz referência a diversas provocações, tanto nas implicações jusfilosóficas sobre os direitos quanto nas análises da efetivação e da garantia de proteção e defesa dos direitos do consumidor em relação à atuação do Poder Judiciário.

Para defender a atual necessidade de evolução dos Poderes Públicos na defesa do consumidor, o nosso trabalho fora dividido nos seguintes capítulos: posição dos juízes e tribunais; comércio eletrônico: conceito, implicações e dados estatísticos; regramento jurídico; CDC e Decreto 7.962/13; projetos de lei em tramitação; as revoluções tecnológicas, modificação da atuação estatal e o surgimento do direito do consumidor.

Faz-se necessário demonstrar que o artigo proposto busca realizar um profundo estudo sobre a atuação do Poder Judiciário na efetivação dos direitos e garantias de proteção e defesa do consumidor, ante a sociedade contemporânea.

É necessária a adequação do ordenamento jurídico e o posicionamento jurisprudencial brasileiro de proteção e defesa dos direitos do consumidor, com base na garantia e efetivação da dignidade da pessoa humana, ante a sociedade complexa de informação, capital e consumo, e a utilização dos meios eletrônicos na realização de negócios pela Internet.

2. AS REVOLUÇÕES TECNOLÓGICAS, MODIFICAÇÃO DA ATUAÇÃO ESTATAL E O SURGIMENTO DO DIREITO DO CONSUMIDOR

A partir do momento em que o homem decidiu viver em sociedade - lembrando-se que esta é dinâmica - ou seja, existe uma modificação dos valores sociais com o passar do tempo, em razão de diversos fatores, mas podemos citar que as revoluções tecnológicas ou industriais contribuíram imensamente para evolução da produção e da economia.

Nas palavras de Irany Ferrari[1]:

> A evolução econômica dos povos constitui-se das seguintes fases: a) economia doméstica ou familiar; b) economia urbana; c) economia nacional; d) economia mundial.

Em razão da Revolução Industrial que segundo Irany Ferrari permitiu a produção em série - e não mais manufatureira ou artesanal, bem como

impulsionou o crescimento das cidades, a economia passou de doméstica para economia nacional, ou seja, a produção industrial passa a ser responsável por um aumento da produção que só permite a realização da venda a inúmeras pessoas, através de contratos de adesão.

O professor Arion Romita[2], afirma que se pode distinguir em três revoluções na tecnologia e que tiveram como fonte a modificação da energia utilizada na indústria:

> A observação dos fatos históricos que caracterizam a evolução do capitalismo permite discernir três revoluções industriais: 1ª – fins do século XVIII, princípios do século XIX: proporcionada pela produção de motores a vapor por meio das máquinas; 2ª – fins do século XIX, princípios do século XX: desenvolvimento e aplicação do motor elétrico e do motor à explosão; 3ª – a partir da Segunda Guerra Mundial (1940 nos Estados Unidos e 1945 nos demais países): automação por meio de aparelhos eletrônicos. Observa-se sempre a apropriação de fontes energéticas distintas, que ditam as transformações nos meios de produção, as quais por seu turno vão gerar mudanças na organização do trabalho, com as consequências sociais conhecidas. Na primeira Revolução Industrial, o vapor d´água; na segunda, a eletricidade e o petróleo; na terceira, a eletrônica e a energia atômica.

Pode-se concluir nas palavras de Otávio Augusto[3] que a Revolução Industrial é:

> um processo de mecanização em inúmeros setores produtivos, gerando uma substituição da força muscular humana e animal.

No que concerne ao Direito do Consumidor, faz-se necessário destacar que a 1ª Revolução Tecnológica influiu decisivamente para a modificação do paradigma estatal, com a consequente proteção do consumidor.

Afirma Cavalieri Filho[4] com precisão:

> Na constelação dos novos direitos, o Direito do Consumidor é estrela de primeira grandeza, quer pela sua finalidade, quer pela amplitude do seu campo de incidência, mas para entendermos sua origem, especial atenção merece a Revolução Industrial.

Deve-se salientar que, com a produção industrial em série, modificaram-se totalmente o processo de fabricação, distribuição e de contratação, pois passamos da produção manufatureira e individual – para uma em série e de contratação em massa. Por tais razões, o produtor detentor do capital e dos meios de comercialização não se preocupava mais, nem como o trabalhador, e muito menos com quem estava adquirindo seus produtos, mas tão somente com a venda.

Mais uma vez, citamos as lições de Cavalieri Filho[5]:

> (...) a partir dessa revolução a produção passou a ser em massa, em grande quantidade (...). O novo mecanismo de produção e distribuição impôs adequações também ao processo de contratação, fazendo surgir novos instrumentos jurídicos – os contratos coletivos, contratos de massa, contratos de adesão, cujas cláusulas gerais seriam estabelecidas prévia e unilateralmente pelo fornecedor.

Por tais razões, o Estado passou a verificar que não se poderia deixar apenas nas mãos do produtor a contratação de produtos e/ou serviços, mas precisava intervir nesta relação, pois em razão da liberdade de imposição dos bens pelos fornecedores passaram a praticar inúmeros abusos contra os adquirentes consumidores.

Em razão da vulnerabilidade do consumidor, é que se fez necessária a proteção estatal efetiva nesta relação entre fornecedor e consumidor, buscando reequilibrar as partes nas relações de consumo.

No Brasil, a proteção do consumidor consiste numa obrigação pública, sendo uma norma constitucional programática, e depende da intervenção do Estado, através da implementação de políticas públicas, bem como da edição de leis e da atuação jurisdicional, para a sua efetivação.

Diante deste contexto, a Constituição Federal[6] criou uma obrigação ao

Estado, além, do que é também um dos princípios norteadores da ordem econômica e financeira, conforme texto explícito da Carta da República:

> Constituição da República Federativa do Brasil.
> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
> (...)
> XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;
> Constituição da República Federativa do Brasil.
> Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:
> (...)
> V - defesa do consumidor;

Por fim, afirma-se que para cumprir a obrigação do legislador constitucional houve a publicação da Lei 8.078/90, o Código de Defesa do Consumidor, todavia, em razão da 3ª Revolução Tecnológica, a eletrônica, faz-se necessária uma atualização da política legislativa e judiciária para buscar a defesa do consumidor. Por tal razão é que passaremos a estudar o comércio eletrônico.

3. COMÉRCIO ELETRÔNICO: CONCEITO, IMPLICAÇÕES E DADOS ESTATÍSTICOS

Inicialmente, verificamos que o Estado precisou intervir nos negócios jurídicos, em razão da 1ª Revolução Tecnológica, a partir deste momento necessitamos verificar que é necessária uma nova atuação em razão da compra de produtos e serviços pela rede mundial de computadores Internet.

Em razão da utilização da Internet, por uma quantidade incontável de pessoas surgiu nos Estados Unidos da América – os chamados negócios

eletrônicos, denominado "e-business", que abrange não só comprar pela Internet, mas qualquer ação publicitária, ou quaisquer outras que visem transações virtuais.

Diante deste conceito, podemos conceituar o comércio eletrônico – "e-commerce" como aquisição de produtos e serviços pela Internet, nas palavras de Geraldo Robson Mateus[7]:

> Comércio eletrônico (e-commerce) é a realização de transações de compras e transferências de fundos eletronicamente, especialmente através da Internet. O e-commerce é parte integrante do e-business. Vai fazer a conexão eletrônica entre a empresa e o cliente, seguindo a estratégia estabelecida pelo e-business. Antes da Internet, já havia "comércio eletrônico", entre empresas, com o uso de EDI (Electronic Data Interchange).

Em estudo realizado, pesquisadores verificaram que a indústria da tecnologia e da informação tem crescido mais do que o dobro das normais, e consequentemente o número de negócios firmados se multiplicou de forma muito rápida.

Segundo os citados pesquisadores, o Departamento de Comércio Eletrônico dos EUA[8] apontou:

> Menos de 40 milhões de pessoas no mundo estavam ligadas na Internet em 1996. No final de 1997 serão 100 milhões de pessoas;
> Em dezembro de 1996 tínhamos 627.000 domínios registrados, e pelo final de 1997 já eram 1,5 milhões de domínios;
> O tráfego na Internet tem dobrado a cada 100 dias;
> A Cisco Systems encerrou 1996 com 100 milhões em vendas pela Internet. Pelo final de 1998, estima em 3,2 bilhões suas vendas anuais;
> Em 1996, a Amazon.com, a primeira livraria na Internet vendeu 16 milhões de dólares.
> Em 1997 foram 148 milhões de dólares;
> Em janeiro de 1997, a Dell Computers tinha vendido menos de 1 milhão por dia na Internet.

> Em dezembro de 1997 esta empresa reportou ter atingido a cifra de 6 milhões de dólares em vários dias;
> Auto-by-Tel, uma empresa de vendas de automóveis baseada na Internet, processou um total de 345.000 requisições de compra de veículos através de seu site em 1996.

No Brasil, o órgão responsável pelo apoio de empresas e empreendedores é o Serviço de Apoio às Micro e Pequena Empresa - Sebrae[9], realizou a pesquisa estatística do mercado:

> Nos últimos 10 anos, o número de consumidores do e-commerce passou de um milhão em 2001 para mais de 40 milhões em 2012, sendo que temos hoje mais de 80 milhões de internautas.
> As facilidades de acesso a cartões de crédito, a popularização da internet, o aumento na venda de computadores e notebooks são alguns aspectos que têm atraído as classes C e D a ir às compras on-line. Do total de consumidores virtuais, que em 2011 superou os 27 milhões, 47% se encaixam nesse perfil.
> No ranking de comércio eletrônico dos países latinos, o Brasil é o país que lidera a participação de compras no e-commerce com 59,1%, seguido pelo México (14,2%), Caribe (6,4%), Argentina (6,2%), Chile (3,5%), Venezuela (3,3%), América Central (2,4%), Colômbia (2%) e Peru (1,4%).
> Os produtos mais vendidos pelas empresas brasileiras no e-commerce são:
> Eletrodomésticos em primeiro (13%),
> Saúde, beleza e medicamentos em segundo (13%),
> Moda e Acessórios (11%),
> Livros, assinaturas de revistas e jornais (10%) e
> Informática" (9%).

Pelo estudo realizado pelo Sebrae[10], verifica-se o grande potencial do comércio realizado pela Internet no nosso país, sendo que além da possibilidade de vendas, existe uma série de vantagens que surgem com

o mesmo. Como exemplo de vantagens podemos citar segundo Geraldo Robson Mateus:

> **Vantagens**:
> Atingir um mercado global;
> Ter um vendedor 24 horas/dia;
> Ter um novo canal de vendas e de marketing.
> Atendimento personalizado;
> Melhor conhecimento e integração das empresas com seus clientes;
> Redução de custos de estoques;
> Redução de custos de vendas;
> Integração de clientes e fornecedores.

Todavia, nem só vantagens existem com o comércio eletrônico, também possui desvantagens, ou seja, riscos que ocorrem com os consumidores, e que deverão ser suportados pelos fornecedores, segundo Sebrae[11]:

> **Desvantagens**
> vulnerabilidade de hackers para dados de cartões e senhas bancários; compras incorretas em razão da despadronização do tamanho de roupas, de calçados e outros itens do vestuário; possíveis atrasos ou danificação do produto durante a entrega;

Mas, não existem outras desvantagens não citadas pelo Sebrae que são de nossa preocupação: a primeira delas, a ausência de uma legislação estatal específica para o comércio eletrônico; e a segunda é a interpretação jurisprudencial que será dada, pois a preocupação do Poder Judiciário deve ser maior nas compras eletrônicas, posto que o consumidor não está frente a frente com o fornecedor, não podendo ficar ainda mais à mercê do detentor do poder econômico, no caso o fornecedor que está apenas preocupado com os lucros. Assim verificaremos o ordenamento jurídico e a interpretação jurisprudencial.

4. REGRAMENTO JURÍDICO

O comércio eletrônico se materializa, através dos contratos eletrônicos,

não se caracterizando um novo tipo de contrato, mas sim um contrato de adesão nos moldes do art. 54, do CDC, utilizando-se a Internet para a sua celebração.

Nas palavras de Cavalieri Filho[12], pode-se compreender que:

> Se o contrato eletrônico, como ressaltado de início, não indica um novo tipo de contrato, apenas o meio pelo qual é celebrado, então aplicam-se ao comércio eletrônico as normas do Código Civil pertinentes aos contratos em geral e a cada espécie, bem como os princípios e preceitos do Código do Consumidor sempre que houver relação de consumo.

Muito embora não exista nenhuma diferenciação entre o contrato comum, e o eletrônico, em razão das desvantagens apontadas alguns princípios do Direito do Consumidor assumem maior importância, o da vulnerabilidade, confiança, informação e segurança. Mais uma vez cita-se Cavalieri Filho[13]:

> Por último, o princípio da segurança. A insegurança do meio eletrônico é um problema sério, cujo risco corre por conta do fornecedor. Cabe ao ofertante garantir um ambiente confiável e seguro, mesmo quando atua em redes abertas. O risco do empreendimento é do fornecedor, pelo que inaplicável, à luz do CDC, o entendimento daqueles que sustentam que esse risco deve ser repartido no comércio eletrônico.

Pelas palavras do Desembargador e Professor Sérgio Cavalieri Filho, o ônus no comércio eletrônico deve ser suportado única e exclusivamente pelo fornecedor, não podendo imputar ao consumidor a não entrega de um produto, devendo nos termos do art. 6º, VI, do CDC realizar a reparação integral dos danos morais e materiais.

A efetiva reparação dos danos materiais e morais é direito irrenunciável do consumidor, nestes termos Sérgio Cavalieri Filho afirma que:

> Nestes casos, aplica-se o princípio da *restitutio in integrum*, sendo expressamente vedado qualquer tipo de tarifação e/ou tabelamento da indenização.

E continua Cavalieri Filho[14] mais uma vez no livro *Programa de Direito do Consumidor* afirma que:

> (...) Em outras palavras, o vício do produto ou do serviço pode gerar dupla indenização? Além da reparação do vício em si, ainda cabe indenização por perdas e danos? (...) A expressão latina *extra rem* indica vínculo indireto, distante, remoto; tem sentido de fora (...). O dano moral, o desgosto íntimo, está dissociado do defeito, a ele jungido apenas pela origem. Na realidade, repita-se, decorre de causa superveniente (o não-atendimento pronto e eficiente ao consumidor, a demora injustificável por parte do fornecedor). "Quanto ao dano moral (...) não pode, nem deve, ser insignificante, mormente diante da situação econômica do ofensor, eis que não pode constituir estímulo à manutenção de práticas que agridam e violem direitos do consumidor.

Quando se trata de compras coletivas, o contratação por adesão ocorre da mesma forma que a individual, a mudança que ocorre é que as empresas se socorrem de uma venda em grande quantidade, a fim de que possam baratear o custo, todavia devem assumir a responsabilidade total da oferta.

A Patrícia Peck[15] afirma:

> (...) ao adquirir o cupom nos sites de compras coletivas, é como se o consumidor fechasse um contrato. Por isso, ela explica que esses sites precisam certificar-se de que estão promovendo a venda de algo que realmente é como está na oferta. Não adianta vender um cupom para ser usado em um salão de beleza que nunca tem horário para atendimento.

Assim em resumo, o risco efetivo do comércio eletrônico é do fornecedor, devendo este reparar os danos morais, materiais e quaisquer outros causados aos consumidores em caso de não cumprimento da sua

obrigação nos contratos eletrônicos de consumo celebrados.

4.1 CDC E DECRETO 7.962/13

O Comércio Eletrônico teve sua regulamentação apenas em 2013, sendo que o decreto que o expedido pela Presidência foi apresentado à população na data comemorativa ao Dia do Consumidor 15 de março, tendo como finalidade trazer transparência e segurança aos contratos eletrônicos.

Todavia, antes de falarmos especialmente sobre o novo decreto, faz-se necessário destacarmos o principal dispositivo legal de proteção ao consumidor, o CDC[16] que em seu artigo 49, assim dispõe:

> Código de Defesa do Consumidor:
> Art. 49. O consumidor pode desistir do contrato, no prazo de 7 dias a contar de sua assinatura ou do ato de recebimento do produto ou serviço, sempre que a contratação de fornecimento de produtos e serviços ocorrer fora do estabelecimento comercial, especialmente por telefone ou a domicílio.
> Parágrafo único. Se o consumidor exercitar o direito de arrependimento previsto neste artigo, os valores eventualmente pagos, a qualquer título, durante o prazo de reflexão, serão devolvidos, de imediato, monetariamente atualizados.

Na aquisição de produtos e serviços pela Internet, o direito de reflexão, ou arrependimento, tem uma justificativa maior, posto que a vulnerabilidade do consumidor é mais acentuada, bem como não tem contato direto com o produto, portanto deve ser efetivado.

O Superior Tribunal de Justiça, ainda não chegou a uma decisão final em relação de quem deve arcar com os custos do envio do produto, mas como o risco corre por conta do fornecedor a jurisprudência, tende a determinar a arcar com os custos.

Em relação ao decreto que regulamentou o Comércio Eletrônico, a primeira análise a ser feita é sobre a sua constitucionalidade, posto que através de uma norma oriunda do Executivo tem-se o regramento da matéria.

Como já dissemos o art. 5º, XXXII, da CF/88 trouxe uma norma programática ao Estado, obrigando-o a proteger o consumidor, de forma que não é só o Poder Legislativo que deve fazê-lo, mas todos os demais inclusive o Executivo.

Com vistas a cumprir o comando constitucional, o Executivo no uso das determinações do art. 84, IV, CF/88 regulamentou o comércio eletrônico.

Analisando a constitucionalidade de decretos, o STF na ADI 4.218, em voto do Ministro Luiz Fux[17] citando as lições de Celso Antônio Bandeira de Melo afirma que:

> Todos eles [regulamentos] são expedidos com base em disposições legais que mais não podem ou devem fazer senão aludir a conceitos precisáveis mediante averiguações técnicas, as quais sofrem o influxo das rápidas mudanças advindas do progresso científico e tecnológico, assim como das condições objetivas existentes em dado tempo e espaço, cuja realidade impõe, em momentos distintos, níveis diversos no grau das exigências administrativas adequadas para cumprir o escopo da lei sem sacrificar outros interesses também por ela confortados. (…) estas medidas regulamentares concernem tão somente à identificação ou caracterização técnica dos elementos ou situações de fato que respondem, já agora de modo preciso, aos conceitos inespecíficos e indeterminados de que a lei se serviu, exatamente para que fossem precisados depois de estudo, análise e ponderação técnica efetuada em nível da Administração, com o concurso, sempre que necessário, dos dados de fato e dos subsídios fornecidos pela Ciência e pela tecnologia disponíveis. (Op. Cit. p. 344-346).

Como precisamente definiu Rafael Fernandes Maciel[18]:

> Nem sempre o avanço tecnológico demanda a necessidade de novas leis. O Código de Defesa do Consumidor, já vinha sendo facilmente aplicado às transações realizadas em meio eletrônico,

> sobretudo o direito ao arrempedimento. (...) O Decreto, então, não inovou buscou apenas definir padrões para direitos já previstos no CDC (...).

Nesta perspectiva, em razão da constitucionalidade do Decreto[19], sendo este aplicável aos contratos eletrônicos podemos citar alguns dispositivos que buscam trazer mais informação e segurança aos consumidores, e até mesmo aos fornecedores:

> Art. 1º Este Decreto regulamenta a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, para dispor sobre a contratação no comércio eletrônico, abrangendo os seguintes aspectos:
> I - informações claras a respeito do produto, serviço e do fornecedor;
> II - atendimento facilitado ao consumidor; e
> III - respeito ao direito de arrependimento.
> Art. 2º Os sítios eletrônicos ou demais meios eletrônicos utilizados para oferta ou conclusão de contrato de consumo devem disponibilizar, em local de destaque e de fácil visualização, as seguintes informações:
> Art. 3º Os sítios eletrônicos ou demais meios eletrônicos utilizados para ofertas de compras coletivas ou modalidades análogas de contratação deverão conter, além das informações previstas no art. 2º, as seguintes:
> I - quantidade mínima de consumidores para a efetivação do contrato;
> II - prazo para utilização da oferta pelo consumidor.

Estes dispositivos demonstram apenas alguns exemplos da proteção que se quer impor ao consumidor nas compras eletrônicas, por fim, o não cumprimento das normas legais gera a imposição de penalidades, devendo os Juízes e Tribunais, quando em conhecimento de infrações, oficiar os órgãos competentes para tomar as medidas cabíveis:

> Art. 7º A inobservância das condutas descritas neste Decreto ensejará aplicação das sanções previstas no art. 56 da Lei nº 8.078, de 1990.

> Art. 56. As infrações das normas de defesa do consumidor ficam sujeitas, conforme o caso, às seguintes sanções administrativas, sem prejuízo das de natureza civil, penal e das definidas em normas específicas:
> I - multa; II - apreensão do produto; III - inutilização do produto; IV - cassação do registro do produto junto ao órgão competente; V - proibição de fabricação do produto; VI - suspensão de fornecimento de produtos ou serviço; VII - suspensão temporária de atividade; VIII - revogação de concessão ou permissão de uso; IX - cassação de licença do estabelecimento ou de atividade; X - interdição, total ou parcial, de estabelecimento, de obra ou de atividade; XI - intervenção administrativa; XII - imposição de contrapropaganda.[20]

Por fim, verifica-se que o dispositivo do art.56, do CDC afirma que além das penalidades administrativas são aplicadas sem prejuízo da reparação civil integral, razão pela qual deve ser deferido ao consumidor a indenização por danos materiais e morais, em razão da análise do caso pelo julgador.

4.2 PROJETOS DE LEI EM TRAMITAÇÃO

Segundo a pesquisa realizada pelo Sebrae existem projetos de lei em tramitação nas Casas do Congresso Nacional, com a finalidade de atualizar o Código de Defesa do Consumidor há mais de 10 (dez) anos, assim citamos os principais:[21]

> PL n° 1.483/1999 - pode ser considerado o marco inicial para a percepção da necessidade de criação de uma lei específica para o comércio eletrônico. A proposta institui a fatura eletrônica e a assinatura digital nas transações de e-commerce.
>
> PL nº 1.589/1999 - dispõe sobre a validade jurídica do documento eletrônico e da assinatura digital, este último pode ser considerado o mais completo

instrumento sobre o comércio eletrônico em trâmite no Brasil, tendo em vista que ele é o único que trata da autenticidade das assinaturas digitais.

PL nº 4.906/2001 - o Senado Federal também elaborou um projeto de lei que visa a regulamentação do comércio eletrônico. Tal projeto foi enviado à Câmara dos Deputados sob o nº 4.906 e ainda está aguardando votação em regime de prioridade.

Projetos de Lei do Senado 281 trata de alterações referentes ao comércio eletrônico: o prazo de arrependimento, para compra ou contratação a distância aumentou de 7 a 14 dias, contados da data da aceitação da oferta ou do recebimento do produto ou execução do serviço, o que acontecer por último. Mas se o fornecedor não tiver entregado a confirmação da compra ou o formulário de arrependimento, o prazo para o consumidor se arrepender passa a ser de 30 dias; O consumo sustentável, a obrigação de informar se o uso do produto causa impactos ambientais e a proibição de vender produtos ou serviços que causem impactos ambientais negativos, por exemplo, estão presentes na proposta.

Projeto de Lei nº 1.232/2011 para o comércio eletrônico coletivo, precursor na tentativa de regulamentar esse tipo de comércio: uma das normas prevê que a empresa proprietária do site de vendas coletivas e o estabelecimento ofertante serão responsáveis pela veracidade das informações publicadas, respondendo solidariamente por eventuais danos causados ao consumidor;
A matéria disciplina a venda eletrônica coletiva de produtos e serviços através de sites na internet e estabelece critérios de funcionamento para essas empresas. A maioria dos itens que consta no PL nº 1232/2011 vem sendo também proposto por inúmeras leis estaduais, que tramitam em assembleias legislativas de todo o país. O PL

> estabelece que essas empresas devem manter serviço telefônico de atendimento ao consumidor, gratuito, assim como informações sobre a localização da sede física do site de vendas coletivas. Além de prever que a empresa proprietária do sítio de vendas coletivas e o estabelecimento ofertante serão responsáveis pela veracidade das informações publicadas, respondendo solidariamente por eventuais danos causados ao consumidor. O projeto estabelece, ainda, "aplica-se ao comércio coletivo eletrônico, no que couber, o disposto no Código de Defesa do Consumidor".

5. POSIÇÃO DOS JUÍZES E TRIBUNAIS

O Poder Judiciário é o órgão que possui autonomia e independência perante o Poder Executivo e o Poder Legislativo, sendo cada vez mais requisitado no Estado de Direito atual, pois faz uma interpretação sistemática e evoluída das normas jurídicas, além dos valores que a compõe, justamente por não só administrar a Justiça, mas por competir-lhe a atribuição de exercer a função de guardião da Constituição, pautando-se na preservação dos direitos humanos e seus princípios.

Nas palavras de Nelson Nery Júnior[22]:

> É importante que o Poder Judiciário acompanhe a evolução da sociedade e se insira no contexto do novo Direito: o Direito das Relações de Consumo. O juiz deve adaptar-se à modernidade, relativamente aos temas ligados aos interesses e direitos difusos coletivos, como por exemplo, os do meio ambiente do consumidor. Os princípios individualísticos do século passado devem ser esquecidos quando se trata de solucionar conflitos do meio ambiente e de consumo.

Em razão da necessidade de uma maior proteção do Poder Judiciário aos consumidores, é que se pede "vênia" para citar os posicionamentos dos Tribunais e Juízos Monocráticos, sobre os mais variados temas nos seguintes julgados:

O primeiro julgamento tratou do direito de arrependimento ou reflexão:

> Apelação Cível - Contrato de consumo - Agência de viagens - Pacote de turismo Negociação pela Internet - Contrato a distância - Direito de arrependimento - Aplicabilidade - Formação do contrato - Aperfeiçoa-mento com a aceitação. Aplica-se à contratação feita por telefone e por meios eletrônicos o art. 49 do Codecon, concedendo-se ao consumidor um período de reflexão e a possibilidade de se arrepender, sem ônus, obtendo a devolução integral de eventuais quantias pagas." (TJMG-ACi nº 1.0024.05.704783-9/002- 6/9/2006).[23]

Já o segundo e terceiro exemplos, um trata de indenização por danos morais e materiais pela não entrega de um livro comprado pelo consumidor, por um lapso de quase 8 (oito) meses, e o outro pela entrega de produto diverso do comprado:

> Ante todo o exposto:
> 1- Julgo PROCEDENTE o pedido de indenização por danos materiais para condenar a empresa demandada SARAIVA E SICILIANO S/A a pagar ao autor PAULO FERNANDO SANTOS PACHECO a quantia de R$ 19,90 (dezenove reais e noventa centavos) devidamente corrigida a partir da data do desembolso e incidindo juros de 1% ao mês a partir da citação.
> 2- Julgo PROCEDENTE o pedido de indenização por danos morais para condenar a parte demandada SARAIVA E SICILIANO S/A a pagar a parte autora PAULO FERNANDO SANTOS PACHECO a quantia de R$ 1.000,00 (um mil reais) devidamente corrigida e incidindo juros de 1% ao mês a partir da prolação da presente decisão.
> 3- Defiro o pedido de expedição de ofício ao PROCON devendo ser encaminhado junto com a correspondência extrato deste processo, cópia do

> presente termo de audiência como também cópia da sentença em áudio." (TJ/SE nº do Processo: 201340200307 Natureza: Procedimento do Juizado Especial Cível).[24]

> RESPONSABILIDADE CIVIL. COMÉRCIO ELETRÔNICO. CONSUMIDOR. VÍCIO DECORRENTE DA DISPARIDADE ENTRE A OFERTA E O PRODUTO EFETIVAMENTE ENTREGUE. SERVIÇO DEFEITUOSO. LEGITIMIDADE PASSIVA. COMERCIANTE. DANOS MORAIS. OCORRÊNCIA. QUANTUM INDENIZATÓRIO. REDUÇÃO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. O comerciante é responsável pelas informações prestadas ao consumidor, devendo cumprir com a proposta oferecida (CDC, art. 18 c/c art. 30). Da mesma forma, quem comercializa produtos na internet, figurando como intermediário entre o fabricante e o consumidor final, é responsável por defeitos nessa prestação (CDC, art. 14). Esse o caso dos autos, em que o autor adquiriu celular por meio do *comércio eletrônico,* sendo que lhe foi entregue produto com cor diversa, *passando ele por verdadeira maratona para desfazer o negócio jurídico, o que culminou com a negativa de seu crédito quando tentou adquirir mercadoria com seu cartão, o qual ficou vinculado àquela aquisição imperfeita*. Dano moral in re ipsa. [...] PRELIMINAR REJEITADA. APELO E ADESIVO PARCIALMENTE PROVIDOS." (Apelação Cível Nº 70017299405, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Ary Vessini de Lima, Julgado em 22/03/2007).[25]

Por último, segue um julgado sobre compras coletivas, no qual o consumidor não pode utilizar o cupom vendido pelo "Site Groupon", sendo este indenizado moral e materialmente:

> Foi confirmada a decisão do 5º Juizado Especial Cível de Copacabana que condenou o site de compras coletivas Groupon a pagar R$ 5 mil a um

> consumidor que não conseguiu utilizar seu cupom de oferta. A empresa também terá que devolver o dinheiro pago pelo cliente. O consumidor comprou uma promoção que vendia uma pizza grande de R$ 30,00 por R$ 15,00 em um restaurante da Avenida Atlântica em Copacabana, mas, ao apresentar o código da promoção no local, o mesmo foi recusado. O entendimento apontou que se trata de quadro grave de inadimplência e má prestação de serviços do site de compras coletivas, que fragilizou o consumidor em evidente demonstração de descontrole do volume de ofertas e do cumprimento das mesmas junto a milhares de consumidores que aderem as promoções do Groupon." (Processo nº 0014300-76.2011.8.19.0001).[26]

Estes são pequenos exemplos dos rumos que a jurisprudência vem tomando em nossos Tribunais, além dos posicionamentos dos julgadores monocráticos, com a nova reforma legislativa, outras ações serão propostas, todavia os aplicadores do Direito não poderão se esquecer dos princípios específicos de proteção ao consumidor.

6. CONCLUSÃO

O nosso artigo, teve como objetivo analisar o comércio eletrônico e sua influência perante o Direito do Consumidor, além dos projetos de lei em tramitação nas casas do Congresso Nacional, bem como as referências legais, e a atual aplicação do CDC e do Decreto 7.962/13, pelos Tribunais e Juízes.

Verificamos ainda que, o comércio eletrônico é um dos desdobramentos de negócios que são realizados através da Internet, tendo como principal influência a 3ª Revolução Tecnológica que permite a realização de compras sem sair de casa, trazendo vantagens para os consumidores e vendedores.

Porém, além das vantagens trazidas por este meio de realização do comércio eletrônico, com ele também surgem desvantagens a maior vulnerabilidade e a ausência de legislação espeífica, as quais a nosso ver necessitam ser mais bem protegidas pelo Legislador e pelo Judiciário.

Enquanto, o Legislador não realiza seu ofício, o Poder Executivo no Dia do Consumidor determinou a publicação do Decreto 7.962/13, que

de forma constitucional veio a regulamentar o CDC, permitindo-se pelos aplicadores do Direito uma interpretação mais facilitada dos dispositivos legais que já eram utilizados.

Conclui-se diante disso que, já existe regramento a ser aplicado nas relações que envolvem o comércio eletrônico, mas ainda o Poder Judiciário precisa dar efetividade à proteção do consumidor evitando abusos cometidos pelos fornecedores em especial o não cumprimento do contrato, e a consequente ausência de indenização ao consumidor. Mas, o Poder Judiciário já caminha para impor a teoria do risco integral aos fornecedores que realizam o comércio eletrônico, de forma que se dando a interpretação sistemática à Legislação e à Constituição Federal existirá a reparação integral prevista.

CONSIDERATIONS ABOUT THE COMMERCE AND ITS IMPLICATIONS IN CONSUMER LAW

ABSTRACT: This article aims to analyze the Electronic Commerce and its implications on Consumer Law. The topic presented, and punctually defined, is of current relevance in the law, which refers to various provocations, both the implications jusfilosóficas rights as in the analysis of effectiveness and ensuring the protection and defense of consumer rights in relation to judicial power. To defend the current need for evolution of public powers in consumer protection, our work had been divided into the following chapters: position of judges and courts; commerce: concepts, implications and statistical data; regramento legal; cdc and Decree 7.962/13; bills in progress, technological revolutions, change of state action and the emergence of consumer law. Finally, it should be stated that this study is of great value to the operators of the law, before the recent regulation of commerce, as well as a recent jurisprudential position.

KEYWORDS: Industrial Revolution. Commerce. Jurisprudence.

Notas

[1] FERRARI, Irany. *História do trabalho, do direito do trabalho e da justiça do trabalho*. São Paulo, LTr, 3ª Ed., pp. 35-36.
[2] ROMITA, Arion Sayão. *Globalização da economia e direito do trabalho*. São Paulo, LTr, 1997, p.

16.
[3] SOUSA, Otávio Augusto Reis de. *Nova teoria geral do direito do trabalho*. São Paulo, LTr, p. 22.
[4] FILHO, Sérgio Cavalieri. *Programa de direito do consumidor*. São Paulo, Ed. Atlas, 2011, p. 2.
[5] FILHO, Sérgio Cavalieri. *Programa de direito do consumidor*. São Paulo, Ed. Atlas, 2011, pp. 2-3.
[6] BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, Senado, 1998.
[7] MATEUS, Geraldo Robson. Comércio Eletrônico. *Departamento de Ciência da Computação Universidade Federal de Minas Gerais Belo Horizonte – MG.* Brasil, disponível em <www.google.com>. Consulta realizada em 02/11/2013.
[8] FILHO, Cid Gonçalves e outros. *Comércio eletrônico na internet*: uma pesquisa exploratória no mercado consumidor. Brasil, disponível em <www.google.com>. Consulta realizada em 02/11/2013.
[9] BRASIL. Disponível em: <www.sebrae.com.br>. *Comércio eletrônico*. Consulta realizada em: 04/11/2013.
[10] MATEUS, Geraldo Robson. Comércio Eletrônico. *Departamento de Ciência da Computação Universidade Federal de Minas Gerais Belo Horizonte – MG.* Brasil, disponível em <www.google.com>. Consulta realizada em 02/11/2013
[11] BRASIL. Disponível em: <www.sebrae.com.br>. *Comércio eletrônico*. Consulta realizada em: 04/11/2013.
[12] FILHO, Sérgio Cavalieri. FILHO, Sérgio Cavalieri. *Programa de direito do consumidor*. São Paulo, Ed. Atlas, 2011, pp. 2-3.
[13] _____. FILHO, Sérgio Cavalieri. *Programa de direito do consumidor*. São Paulo, Ed. Atlas, 2011, pp. 104-284.
[14] _____, Sérgio Cavalieri. FILHO, Sérgio Cavalieri. *Programa de direito do consumidor*. São Paulo, Ed. Atlas, 2012, p. 325.
[15] BRASIL**.** Disponível em: <www.idec.com.br>. *Instituto de defesa do consumidor*. Consulta realizada em: 04/11/2013.
[16] BRASIL. *Código de Defesa do Consumidor*. Brasília, DF, Senado, 1990.
[17] BRASIL. Disponível em <www.stf.jus.br>. *Processo nº ADI 4.218*. Consulta realizada em: 05/11/2013.
[18] BRASIL. Código de Defesa do Consumidor. Brasília, DF, Senado, 1990.
[19] MACIEL, Rafael M. *O E-Commerce e sua regulamentação*: comentários ao Decreto 7.962/13. Brasília 06/07/2013**.** Consulta realizada em 01/11/2013.
[20] BRASIL. Código de Defesa do Consumidor. *Decreto 7.962/13.* Brasília, DF, Senado, 1990.
[21] BRASIL. Disponível em: <www.sebrae.com.br>. *Comércio eletrônico*. Consulta realizada em: 04/11/2013.
[22] NERY JÚNIOR, Nelson. *Os princípios gerais do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor.* Revistas de Direito do Consumidor, n. 3, p. 44-77. 1992.
[23] BRASIL. Disponível em: <www.tjmg.jus.br>. *Processo nº 1.0024.05.704783-9/002*. Consulta realizada em: 04/11/2013.
[24] BRASIL. Disponível em: <www.tjse.jus.br>. *Processo nº 201340200307*. Consulta realizada em: 04/11/2013.
[25] _____. *Processo nº 70017299405*. Consulta realizada em: 04/11/2013.
[26] _____. *Processo nº 0014300-76.2011.8.19.0001*. Consulta realizada em: 04/11/2013.

REFERÊNCIAS

FERRARI, Irany. *História do trabalho, do direito do trabalho e da justiça*

do trabalho. São Paulo, LTr, 3. Ed., pp. 35-36.
ROMITA, Arion Sayão. *Globalização da economia e direito do trabalho*. São Paulo, LTr, 1997, p. 16.
SOUSA, Otávio Augusto Reis de. *Nova teoria geral do direito do trabalho*. São Paulo, LTr, p. 22.
FILHO, Sérgio Cavalieri. *Programa de direito do consumidor*. São Paulo, Ed. Atlas, 2011, p. 2.
FILHO, Sérgio Cavalieri. *Programa de direito do consumidor*. São Paulo, Ed. Atlas, 2011, pp. 2-3.
BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, Senado, 1998.
MATEUS, Geraldo Robson. Comércio eletrônico. *Departamento de Ciência da Computação Universidade Federal de Minas Gerais Belo Horizonte – MG*. Brasil, disponível em <www.google.com>. Consulta realizada em 02/11/2013.
FILHO, Cid Gonçalves e outros. *Comércio eletrônico na internet*: uma pesquisa exploratória no mercado consumidor. Brasil, disponível em <www.google.com>. Consulta realizada em 02/11/2013.
BRASIL. Disponível em: <www.sebrae.com.br>. *Comércio eletrônico*. Consulta realizada em: 04/11/2013.
MATEUS, Geraldo Robson. Comércio Eletrônico. *Departamento de Ciência da Computação Universidade Federal de Minas Gerais Belo Horizonte – MG*. Brasil, disponível em <www.google.com>. Consulta realizada em 02/11/2013.
BRASIL. Disponível em: <www.sebrae.com.br>. *Comércio eletrônico*. Consulta realizada em: 04/11/2013.
FILHO, Sérgio Cavalieri. FILHO, Sérgio Cavalieri. *Programa de direito do consumidor*. São Paulo, Ed. Atlas, 2011, pp. 2-3.
_____. *Programa de direito do consumidor*. São Paulo, Ed. Atlas, 2011, pp. 104-284.
_____. *Programa de direito do consumidor*. São Paulo, Ed. Atlas, 2012, p. 325.
BRASIL**.** Disponível em: <www.idec.com.br>. *Instituto de defesa do consumidor*. Consulta realizada em: 04/11/2013.
FILHO, Sérgio Cavalieri. FILHO, Sérgio Cavalieri. *Programa de direito do consumidor*. São Paulo, Ed. Atlas, 2012, p. 325.
BRASIL**.** Disponível em: <www.idec.com.br>. *Instituto de defesa do*

consumidor. Consulta realizada em: 04/11/2013.
BRASIL. *Código de Defesa do Consumidor*. Brasília, DF, Senado, 1990.
BRASIL. Disponível em <www.stf.jus.br>. Processo nº ADI 4.218. Consulta realizada em: 05/11/2013;
BRASIL. *Código de Defesa do Consumidor*. Brasília, DF, Senado, 1990.
MACIEL, Rafael M. *O E-Commerce e sua regulamentação*: comentários ao Decreto 7.962/13. Brasília 06/07/2013. Consulta realizada em 01/11/2013.
BRASIL. Disponível em: <www.sebrae.com.br>. *Comércio eletrônico*. Consulta realizada em: 04/11/2013.
NERY JÚNIOR, Nelson. *Os princípios gerais do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor.* Revistas de Direito do Consumidor, nº 3, p. 44-77. 1992.
BRASIL**.** Disponível em: <www.tjmg.jus.br>. *Processo nº 1.0024.05.704783-9/002*. Consulta realizada em: 04/11/2013.
BRASIL. Disponível em: <www.tjse.jus.br>. *Processo nº 201340200307*. Consulta realizada em: 04/11/2013.
BRASIL. Disponível em: <www.tjsp.jus.br>. *Processo nº 3755020128260076*. Consulta realizada em: 04/11/2013.
BRASIL. Disponível em: <www.tjrs.jus.br>. *Processo nº 70039766712*. Consulta realizada em: 04/11/2013.
_____. *Processo nº 70017299405*. Consulta realizada em: 04/11/2013.
_____. *Processo nº 0014300-76.2011.8.19.0001*. Consulta realizada em: 04/11/2013.

CRISE DE LEGITIMIDADE DO SISTEMA PENAL: FLEXIBILIZAÇÃO DO ATUAL MODELO PENAL (EM DEFESA DA DESCRIMINALIZAÇÃO E DESPENALIZAÇÃO)

Sheila Custódio Leal Novaes Santos*

RESUMO: O presente artigo tem o objetivo de abordar a crise no sistema penal brasileiro, bem como apresentar as soluções alternativas à pena de prisão, uma vez que o sistema punitivo vigente é incapaz de cumprir os propósitos para que foi criado: garantir a segurança e promover a diminuição dos índices de violência e criminalidade. Observa-se que o Estado adotou, na tentativa de atender aos anseios sociais, o modelo da Lei e Ordem, que prega o recrudescimento penal. Diante dessa expansão e endurecimento do sistema penal, ganham espaço duas correntes de pensamento que negam sua legitimidade, essas correntes são conhecidas por abolicionismo penal e o minimalismo penal. Os argumentos e contra-argumentos de cada uma das correntes serão apresentados no presente estudo, bem como as ideias dos principais autores de cada movimento. O trabalho também demonstrará o sistema penal brasileiro, suas características e seus problemas. Os substitutos penais à pena privativa de liberdade e o direito subjetivo do réu a uma pena justa serão objetos de um capítulo separado. Em conclusão, será destacada a necessidade da descriminalização e despenalização de várias condutas presentes no Código Penal e na Lei de Contravenções Penais, bem como será defendida a adoção do princípio da intervenção mínima.

PALAVRAS-CHAVE: Sistema Penal. Abolicionismo Penal. Minimalismo Penal. Descriminalização.

1. INTRODUÇÃO

A crise do sistema penal é um assunto que a cada dia vem sendo mais abordado pela sociedade, seja pela divulgação na mídia, seja pelos

* Pós-graduada em Ciências Criminais pela Universidade Gama Filho. Graduada pela Universidade Federal de Sergipe. Analista do Ministério Público do Estado de Sergipe.

amplos debates que os juristas e legisladores têm promovido. O grande destaque dado à segurança, especialmente a individual, nos últimos anos, deve-se ao fato de, atualmente, o medo da sociedade, alimentado, em regra por uma mídia sensacionalista, ter aumentado muito, ensejando o endurecimento das penas e a expansão do direito penal, para tentar manter a ordem e a paz social.

Não se discute que a elevação dos índices de criminalidade pelo incremento dos vários fatores, que levam a comportamentos desviantes – inclusive, a própria ampliação constante da legislação penal brasileira com a criação de novos tipos penais – possa apontar para a concretude desse problema social, que exige respostas sérias e eficazes. O problema é que no Brasil, há uma tendência no sentido de lançar mão sempre de mudanças legislativas para sinalizar para a população que algo está sendo feito.

Percebe-se que o sistema penal assume cada vez mais um papel meramente simbólico, ilusório para a sociedade, uma vez que passa a ideia que o Estado está atuando e garantindo à segurança de todos, quando na verdade não tem condições de cumprir todos os propósitos para que foi criado.

A adoção de um sistema punitivo, seletivo, caro e estigmatizante produz efeitos devastadores – não só na vida do apenado, como na vida da coletividade –, como a reincidência, violência, criminalidade e a diminuição dos direitos e garantias fundamentais, produzindo um ciclo vicioso difícil de ser quebrado.

Diante dessa problemática da crise do sistema penal é que serão abordadas as teorias que embasam os argumentos dos que defendem sua falta de legitimidade e, também, a possibilidade de adoção de substitutos alternativos de pena privativa de liberdade como uma forma de resposta aos chamados comportamentos desviantes e garantir o respeito à dignidade humana.

2. PRINCIPAIS PROBLEMAS DAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE

A pena privativa de liberdade, no séc. XIX é apresentada como aquela que tem por finalidade ressocializar o preso e prepará-lo para sair da cadeia, para que seja reintegrado à comunidade e ao trabalho

(BITENCOURT, 1993, p.143). No entanto, essa concepção já se encontra superada, pois a prisão segrega e estigmatiza o condenado, impedindo a sua ressocialização.

Maria Lúcia Karam (*In* PASSETTI, 2004, p.81), também destacou a inocuidade da pena de prisão na ressocialização do apenado, pois em suas palavras "a execução penal não ressocializa, nem cumpre qualquer das funções "*re*" que lhe são atribuídas – *re*ssocialização, *re*educação, *re*inserção, *re*integração –, todas estas funções "*re*" não passando de uma deslavada mentira".

A função ressocializadora da pena privativa de liberdade não é possível, em razão de que a prisão não é lugar adequado para ressocializar, uma vez que é na verdade forma de manutenção do controle das classes desfavorecidas, que garante a reprodução da repressão das minorias sobre as maiorias desassistidas da população.

Os mais diversos fatores ocasionam as consequências nefastas da prisão (estigmatização, ausência de ressocialização, revolta, etc.), entre eles é possível citar a "superpopulação" carcerária, alto índice de consumo de drogas, abusos sexuais praticados por funcionários e pelos próprios presos, violência física e psicológica, além da deficiência na alimentação, higiene e tratamento médico-odontológico (HULSMAN; CELIS, 1997, p. 62).

Tudo isso contribui para a violação dos direitos humanos dos condenados. Por isso, não há como existir a reintegração do apenado ao meio social, pois o processo de nulificação do indivíduo que o encarceramento traz a reboque, bem como a rejeição e a estigmatização que sofrem, são muito fortes. Por isso, faz-se necessário pensar em soluções alternativas para resolver o problema da criminalidade, sem a utilização da prisão, evitando-se, o máximo possível, o confinamento dos condenados a pena privativa de liberdade. Esta só deve ser utilizada como *ultima ratio*.

3. TEORIAS QUE NEGAM LEGITIMIDADE AO SISTEMA PENAL VIGENTE

3.1. ABOLICIONISMO PENAL

O movimento abolicionista surgiu em meados da década de 60, início

da década de 70, sob grande influência do movimento humanitário, com a derrocada do *welfare state*[1] e a adoção da política de tolerância zero[2]. (PASSETTI, 2004, p. 17)

O abolicionismo penal guiou várias manifestações e revoltas estudantis que ocorreram em 1968, na Europa Ocidental. No entanto, mesmo com a ascensão do movimento abolicionista, houve um endurecimento do sistema penal e expansão do direito penal, em virtude da ascensão dos movimentos progressistas, que clamavam por maior intervenção estatal para a defesa dos direitos das minorias (grupos ecológicos, feministas e étnicos) (CAMARGO, 2000, p.01).

Posteriormente, o abolicionismo ganhou forças com a publicação da obra de Louk Hulsman e Jacqueline Bernat de Celis, *Penas Perdidas*, publicada em 1982. Mais tarde, já em 1988, um dos maiores penalistas da América Latina, Raul Zaffaroni, lançou a obra denominada *Em busca das penas perdidas – a perda de legitimidade do sistema penal,* que foi dedicada ao professor Louk Hulsman, em gratidão à obra abolicionista lançada anos antes e que deu início às discussões sobre a crise do sistema penal, bem como fortaleceu o pensamento da supressão da pena privativa de liberdade, já defendida por outros autores séculos atrás. (ZAFFARONI, 1991, p.03)

O abolicionismo penal nasceu como um movimento que rejeita o sistema penal como inibidor da criminalidade. Os abolicionistas entendem que o caráter punitivo da pena é violento e só acaba por gerar mais violência em outros campos, principalmente nos presídios, considerados por muitos como a "escola do crime"[3]. A proposta do Abolicionismo Penal é superar a crise do sistema penal[4]através de solução pacífica dos conflitos sociais existentes, utilizando-se, para tanto, da adoção do diálogo indivíduo-indivíduo, sem a interferência do Estado, preservando a cidadania e a dignidade humana de ambas as partes: vítima e agressor; e adequando a solução à realidade das partes envolvidas.

O movimento abolicionista aponta, ainda, o problema da cifra negra e da seletividade do sistema penal, que ferem brutalmente o princípio constitucional da igualdade. Registre-se, além disso, que os abolicionistas entendem que a justiça penal só produz uma construção irreal do fato acontecido e consequentemente uma resposta inadequada e ineficaz (HULSMAN; CELIS, 1997, p. 161) e a aplicação da pena serve para a manutenção das estruturas de dominação de classes, devido ao caráter

simbólico assumido pelo sistema penal.

A desfuncionalidade do sistema penal, também, é apontada pela corrente abolicionista como uma razão para que esse deixe de existir, já que não atende à função para que foi criado: prevenção de crimes; ao contrário produz mais violência. Razão porque se impõe a defesa pela abolição (CAMARGO, 2007).

Roberta Negrão de Camargo (2007) sabiamente pondera:

> Se uma das justificativas que o Estado apresenta para impor-se frente à vida particular do indivíduo é a prevenção, e concluindo que o sistema penal atual não previne crime algum, muito pelo contrário, o incita, entende a teoria abolicionista que ele não possui a justificativa da prevenção do delito. Portanto, não possui razão para existir.

No entanto, entende-se ainda não ser possível prescindir do sistema penal com a promoção de sua abolição, uma vez que, antes, é necessária uma reforma na estrutura da sociedade, tanto no aspecto econômico, quanto no aspecto político. Faz-se necessária a existência de uma sociedade igualitária, sem diferenças sociais e econômicas, e a descentralização do poder, para o sucesso do abolicionismo penal.

Existem várias correntes e autores que tratam do movimento abolicionista, essa diversidade de pensamentos ocorre, segundo Zaffaroni (1991, p. 98), porque "os autores abolicionistas não partilham de uma total coincidência de métodos, pressupostos filosóficos e táticas para alcançar os objetivos, uma vez que provêm de diferentes vertentes de pensamento".

Como destaca Passetti (2007, p. 01), o que de fato existe é uma reunião de pensamentos filosóficos utilizados em particular por cada pensador, objetivando a mesma finalidade dentro de suas peculiaridades, que tem como ponto de convergência a opinião sobre a inutilidade e ineficácia do sistema prisional.

3.1.1. PRINCIPAIS CRÍTICAS AO ABOLICIONISMO PENAL

O abolicionismo penal, por ser um movimento com propostas que rompem com a estrutura da sociedade vigente até em sua organização política e divisão de poderes, sofreu inúmeras críticas, sob o argumento

de que seria, segundo Ferrajoli (2002, p. 274), como retornar ao "direito selvagem, vingança individual, lei do mais forte e prevenção geral da vingança pública, que na ausência do direito penal, seria atuada por poderes soberanos".

Ainda na opinião de Ferrajoli (ZAFFARONI, 1991, p. 109), a abolição do sistema penal favoreceria o surgimento de várias ações vingativas em situações de crimes com violência, bem como poria em risco a liberdade de todos para manter a disciplina social impeditiva de atitudes delituosas, através da autocensura ou de polícia moral.

Para ele, a pena se faz necessária somente para evitar a vingança e não deixar todos os conflitos sem solução, já que o abolicionismo entende que essas não solucionam os conflitos existentes. Por essa razão, defende a intervenção mínima do Estado, para interferir nos casos em que não puderem ser aplicadas soluções alternativas. Outros autores como Pavarini contestam a aptidão do abolicionismo para a solução de casos que envolvam atos terroristas (ZAFFARONI, 1991, p. 109).

O que de fato incomoda os autores não-abolicionistas é a dúvida se o controle social que será imposto, no lugar do sistema penal abolido, será mais rígido que este e também pelo fato de "se a proposta abolicionista falhar haverá um inevitável retrocesso com a perda de importantes conquistas obtidas duramente ao longo dos anos, como o princípio da legalidade e do devido processo legal" (MARCHI JUNIOR, 2007, p. 08).

3.2. MINIMALISMO PENAL

A Teoria Minimalista é uma corrente doutrinária que adota a tese do mínimo de criminalização de condutas e de penalidades e, assim como o abolicionismo, nega legitimidade ao sistema penal (ZAFFARONI, 1991, p.89). Defende a aplicação do Direito Penal e, consequentemente, das penas de prisão, em determinados casos restritos, de forma subsidiária, como última razão (*ultima ratio*).

Nessa perspectiva, destaca-se que a aplicação da pena privativa de liberdade só tem razão de ser para casos de graves infrações aos bens jurídicos relevantes, "porque a utilização de recurso tão danoso à liberdade individual somente se justifica em face do grau de importância que o bem tutelado assume" (BIANCHINI, 2007, p. 01)

O minimalismo exige que vários princípios estejam presentes para

que a pena privativa de liberdade seja aplicada no caso concreto. São eles: princípio da proteção exclusiva de bens jurídicos, princípio da intervenção mínima, princípio da exteriorização ou materialização do fato, princípio da legalidade do fato, princípio da ofensividade do fato, princípio da responsabilidade pessoal, princípio da responsabilidade subjetiva, princípio da culpabilidade, princípio do devido processo legal, princípio da ampla defesa e do contraditório, princípio da inocência, princípio da igualdade, princípio da proibição da pena indigna, princípio da humanização, princípio da proporcionalidade, princípio da necessidade concreta da pena, princípio da individualização da pena, princípio da personalidade ou pessoalidade da pena, princípio da suficiência da pena alternativa e princípio da proporcionalidade em sentido estrito. (GOMES, 2007)

Faz-se mister destacar que a Constituição Federal de 1988 foi fortemente influenciada por essa corrente de pensamento, apesar de não expressado, explicitamente, em seu texto o princípio da intervenção mínima.

Nilo Batista (2005, p.85) salientou a importância do princípio da intervenção mínima para um Estado de Direito Democrático:

> O princípio da intervenção mínima não está expressamente inscrito no texto constitucional (de onde permitiria o controle judicial das iniciativas legislativas penais) nem ao código penal, integrando a política criminal; não obstante, impõe-se ele ao legislador e ao intérprete da lei, como um daqueles princípios jurídico-penais, dotados de positividade, e com pressuposto políticos do Estado de Direito Democrático.

É possível visualizar a adoção do minimalismo penal por parte da Carta Magna através dos princípios estampados nos dispositivos constitucionais, tais como o princípio da igualdade (artigo 3º, inciso VI, e artigo 5º, caput), o da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III), o da proporcionalidade (artigos 1º, inciso III, 3º, I, 5º, caput, II, XXXV, LIV etc.), o da humanidade (artigo 5º, incisos III e XLVII), o do devido processo legal (artigo 5º, inciso LIV), o do juiz natural (artigo 5º, incisos XXXVII e LIII) e o da individualização da pena (artigo 5º, inciso

XLVI). Pode-se notar que algumas leis já foram elaboradas conforme os ensinamentos do minimalismo penal, como por exemplo, a Lei dos Juizados Especiais Criminais, Lei 9.099/95, que tem por escopo reduzir a aplicação da pena privativa de liberdade.

O princípio da intervenção mínima, observado no discurso minimalista, apresenta duas características importantes: a fragmentariedade e a subsidiariedade (BATISTA, 2005, p. 85). Segundo a primeira característica, o direito penal não castiga todas as ações delituosas cometidas, apenas aquelas mais gravosas para a sociedade, bem como não tutela todos os bens jurídicos, somente os mais relevantes juridicamente e socialmente. Por isso, afirma-se que o direito penal apresenta um caráter fragmentário, pois ele fragmenta, separa tudo aquilo que será punido e o que será tutelado pelo ordenamento jurídico.

Roxin (*apud* BATISTA, 2005, p. 87) pondera que a subsidiariedade revela-se pelo fato do direito penal ser um "remédio sancionador extremo" e adverte que só deve ser aplicado em último caso, quando as medidas alternativas ou os demais ramos do direito (medidas menos gravosas) não puderem promover a defesa do bem jurídico.

A Constituição Brasileira, apesar de ter adotado o minimalismo penal e seus postulados (subsidiariedade, necessidade, lesividade e fragmentariedade), tem convivido com a adoção do movimento Lei e Ordem pelos seus legisladores que, a cada produção legislativa, ampliam a aplicação do sistema penal – apesar desse encontrar-se em crise e manifestar-se desprovido de legitimidade – e criam novas condutas típicas, além de promoverem o endurecimento da pena.

3.2.1 ENTRAVES AO MINIMALISMO PENAL

O Minimalismo Penal, como visto, inspirou o legislador constituinte de 88 e está presente em vários princípios consagrados na Carta Constitucional vigente. No entanto, no final da década de 80, após a falência do *Welfare State*, houve o surgimento de movimentos das "minorias" (idosos, mulheres, homossexuais, etc.) com novas demandas por maior tutela e que contribuíram para o recrudescimento do Direito Penal ao defendendo uma atuação mais rígida do Estado em questões que envolvessem violência contra esses grupos específicos (CAMARGO, 2000, p.01).

Ademais, o movimento "Lei e Ordem" e sua política de Tolerância Zero é apresentado como o meio mais eficaz de promoção da segurança e paz social, através do aumento do aparato repressivo do Estado e, também, da ampliação do número de punição das infrações penais: fossem de grande gravidade ou pequenos delitos, nada escaparia ao crivo do direito penal (PASSETTI, 2004, p. 24).

Nesse sentido, Luiz Flávio Gomes e Alice Bianchini (2002, p. 146):

> Em razão da acentuada preocupação do legislador em encontrar respostas imediatas a graves problemas sociais, incluindo o da insegurança individual e coletiva, que gera uma forte demanda de "políticas criminais duras", nunca se viram tantas leis penais ditadas sob a inspiração do movimento *Law and Order*, com as seguintes características: a) alteração dos marcos penais, com graves ofensas ao princípio da proporcionalidade (Leis dos Crimes Hediondos, Código de Trânsito etc.); b) criação de novos tipos penais (Lei Ambiental, assédio sexual, por exemplo); c) transformação de alguns delitos em "hediondos" (Leis 8930/94 e 9695/98), para submetê-los a um "particularismo jurídico" duro e exemplar; d) o endurecimento da fase executiva da pena (Lei 8072/90: cumprimento total da pena em regime fechado); e) corte de direitos e garantias fundamentais (Lei 8072/90: proibição da liberdade provisória, do direito em recorrer em liberdade; criação do juiz inquisidor, em flagrante violação ao princípio da imparcialidade, etc.); f) ampliação das hipóteses restritivas da liberdade (criação da prisão temporária, ampliação do tempo de prisão temporária, restrições à liberdade provisória, impedimentos de fiança etc.).

No Brasil foram, e ainda são criadas, várias leis com características assentadas na ideia de que o Direito Penal deve representar uma importante ferramenta de combate à criminalidade, através de uma ordem penal extremamente repressiva, com redução dos benefícios e garantias de ordem penal e processual penal. Todas as legislações, editadas após a

Constituição de 1988, possuem o discurso de aplicação máxima do direito penal, com mínimas garantias, com exceção de algumas, como as Leis 9.099/95 (Juizados Especiais), 9.072/98 (Penas Alternativas) e 9.271/96 (Lei da Revelia).

O discurso proferido pelos veículos de informação, bem como pelo legislador consiste na defesa do aumento das penalidades e das tipificações, maior aplicação de penas privativas de liberdade (sem as amplas garantias processuais), com o objetivo de prevenir delitos e garantir a "paz social". A sociedade, assustada com o aumento da criminalidade e influenciada por toda a falácia apresentada, acaba aderindo ao discurso e aceitando a minoração dos seus direitos conquistados ao longo da história. Nesse sentido, assevera Santos (2004, p. 70):

> (...) o Direito penal seguidor da tendência maximalista apela para o lado simbólico, propagandístico, tomado como solução dos problemas sociais que afligem a população, repercutindo em políticas sociais menos justas e menos frequentes, já que se ataca o problema em seu resultado e não no que o originou, tolhendo, por conseguinte, todo e fito de fazer valer acima de qualquer valor, a dignidade da pessoa humana, cerne de toda a principiologia de um Direito Penal de *ultima ratio*.

A coletividade não considera que o rigorismo exarcebado das penas, como medida preventiva dos delitos, é uma posição equivocada. Acredita que a pena mais dura, mais gravosa, resolverá os seus anseios por paz e tranquilidade. Só que a realidade é bem diferente: o aparato jurídico não protege o cidadão e ainda mantém o apenado à margem da sociedade.

Destarte, é notável que a lei penal, ao invés de prevenir crimes e garantir segurança ao meio social, produz um estado de medo, insegurança e intolerância, com flagrantes desrespeitos aos direitos humanos. Tudo isso, como já foi apresentado, é devido à inflação legislativa de normas penais duras; à indústria do medo produzida pelos veículos de informação e ao discurso penalizante defendido por diversos atores sociais.

Não se pode conceber que a sociedade apoie um sistema baseado no recrudescimento penal. Ela deve, sim, apoiar um instrumento jurídico baseado na reestruturação social, defesa dos bens jurídicos essenciais

e relevantes à vida do indivíduo e do coletivo e proteção aos direitos humanos, como anota Bianchini (2007, p. 01):

> Em um contexto minimalista e preocupado em direitos e garantias do indivíduo, a criminalização de condutas é dependente de um complexo processo que se guisa pelos fins atribuídos ao Direito penal. A partir de uma abordagem constitucional, que confirma o Estado a um método social e democrático de direito, pode-se conferir o contorno do Direito penal brasileiro. Decorre desta feição a máxima utilidade possível com o mínimo de sofrimento necessário.
> [...]
> Se é obrigação do Estado cuidar de intervir tão pouco quanto baste, afim de garantir a máxima liberdade do cidadão, seus instrumentos de controle social, no qual se insere o Direito Penal, não podem ser utilizados sem que se estabeleçam critérios rígidos e racionais, já que eles atuam na restrição de direitos, liberdades e garantias do indivíduo, embora no intento de colocar a salvo, também, direitos, liberdade e garantias individuais e coletivas, fundamentais à vida em sociedade. Este é um conflito marcado pela coexistência de perda e ganho de liberdade no lidar com a liberdade, posto que a sua limitação deve agir em favor da sua salvaguarda.

O Direito Penal deve ser tomado como medida extrema para proteger e tutelar bens e valores fundamentais, garantindo vida humana digna para cada um dos cidadãos e restringindo o sofrimento humano com a ampliação máxima do direito à liberdade. Para tanto, a intervenção estatal na esfera penal deve respeitar todos os princípios constitucionais, de caráter minimalista, para a consecução desses fins.

4. SUBSTITUTIVOS PENAIS BRASILEIROS À PENA DE PRISÃO

O sistema penal pátrio, como já foi abordado, encontra-se em crise.

Diante dessa situação, é que se tem pensado em uma maior adequação do Direito Penal vigente a proposições associadas a uma concepção garantista, que tem como uma de suas vertentes a defesa do minimalismo penal. Nessa perspectiva, é que passa a ser defendida a aplicação de penas e medidas alternativas à pena de prisão.

Assim, para um devido enfrentamento da crise de legitimidade por que vem passando o sistema penal nas últimas décadas, foram criadas diversas leis com o fito de mitigar os danosos e dramáticos efeitos da pena privativa de liberdade que, no Brasil, ainda é vista por amplos setores como a mais importante e eficaz medida sancionatória. Entre elas, a Lei 7204/84, que introduziu, no Brasil, as penas restritivas de direito; a Lei 9714/98, que ampliou as penas alternativas de caráter geral; a Lei 9099/95, que criou os Juizados Especiais Criminais e a Lei 10259/02, que instituiu os Juizados Especiais Federais. Destaque-se que ambos os Juizados Especiais tem o escopo de inserir, no âmbito da justiça, medidas despenalizadoras para crimes de menor e de médio potencial ofensivo.

Antes de abordar os substitutivos penais existentes na legislação brasileira, em espécie, cabe mencionar as diferenças entre as medidas e as penas alternativas. Ambas são alternativas penais que foram criadas com o objetivo de se evitar a aplicação da pena privativa de liberdade.

As medidas alternativas, segundo Capez (2005, p.388), são todas aquelas que são impostas para que se evite a condenação ou a persecução penal. Alguns exemplos apresentados pelo autor são: exigência de representação do autor para certos crimes, transação penal, suspensão condicional do processo, reparação do dano extintiva da punibilidade, entre outros.

Elas subdividem-se em consensuais e não-consensuais. Será consensual quando exigir aceitação do réu ou acusado, a fim de que haja o impedimento da continuação ou do início da persecução penal. As não consensuais não exigem a aceitação para que exista o implemento da medida alternativa e da não aplicação da pena privativa de liberdade. São exemplos das primeiras a suspensão condicional do processo e a composição civil extintiva da punibilidade; e são exemplos das não-consensuais, o *sursis* e o perdão judicial. (CAPEZ, 2005, p.388)

As penas alternativas são impostas para evitar a aplicação da pena de prisão. Difere das medidas alternativas, pois estas não são penas, apenas maneiras de se evitar a persecução penal, enquanto que as penas

alternativas substituem a pena privativa de liberdade.

Assim como as medidas, as penas alternativas subdividem-se em consensual e não consensual. Esta, por sua vez, divide-se em diretas e substitutivas. As penas alternativas não-consensuais diretas não dependem do consentimento do réu e são aplicadas diretamente pelo juiz, seja por imposição legal ou em casos de cominação de pena de multa. Já a substitutiva consiste na substituição da pena privativa de liberdade, sem o consentimento do réu, em pena alternativa. Quanto à classificação, as penas alternativas podem ser pena de multa e penas restritivas de direito. (CAPEZ, 2005, p.389)

Em seguida, serão abordadas as penas alternativas que foram criadas para diminuir a incidência da aplicação da pena privativa de liberdade. No entanto, tais alternativas penais são aplicadas para os delitos sem emprego de violência e cujas penas sejam de curta duração, são elas: suspensão condicional da pena, penas pecuniárias e pena restritiva de direitos.

4.1. SUSPENSÃO CONDICIONAL DA PENA

A suspensão condicional da execução da pena foi implantada, no Brasil, com o Decreto 16.588/24, sendo que passou a figurar na Consolidação das Leis Penais de 1932 e, posteriormente, no Código de 1940[5] (PRADO, 2002, p.554).

Tal instituto consiste na suspensão da pena privativa de liberdade de pequena duração, após o preenchimento das condições legais estabelecidas, tem por finalidade impedir o contato do condenado com o cárcere. Nas palavras de Cuello Calón (*apud* BITENCOURT, 1993, p.216), a suspensão da pena "não só constitui um substitutivo penal das penas privativas de liberdade, como também um meio de eficácia educadora, pois durante o período de prova, o condenado se habitua a uma vida ordenada e conforme com a lei".

Registre-se que a medida despenalizadora, em tela é, também conhecida por *sursis,* e tem por escopo a redução da criminalidade e da reincidência, além de substituir a pena privativa de liberdade, tendo em vista o caráter precário em que se encontra o sistema penal, com problemas que perduram há décadas.

A legislação exige o cumprimento de certos requisitos para a implementação dessa medida. O art. 77 do CP elenca o rol de condições

que devem ser estabelecidas, são elas: não reincidência em crime doloso; culpabilidade, antecedentes, conduta social e personalidade do agente sejam autorizadores da concessão do benefício; impossibilidade da substituição por pena restritiva de direitos.

Vale mencionar que existe exceção, que permite a concessão do benefício a condenado a pena não superior a quatro anos, desde que o condenado tenha 70 anos ou mais. Da mesma forma, o benefício se aplica àquele com pena superior a quatro anos e que seja portador de doença grave que o impossibilite de cometer a pena na prisão. Se por acaso o problema de saúde seja incurável e muito grave, poderá o juiz conceder o benefício independente de analisar a condição da pena cominada (MIRABETE, 2007, p.335).

Saliente-se que não há nenhuma disposição legal que proíba a aplicação do *sursis* para o condenado em crime hediondo ou assemelhado, ressalvado o crime de tráfico de entorpecentes, que possui determinação expressa presente na legislação especial vedando a concessão da suspensão condicional da pena. Mirabete proferiu o seu posicionamento acerca do assunto (MIRABETE, 2007, p.335): "Nada impede que seja concedido *sursis* ao condenado por crime hediondo, de tortura ou terrorismo, que preencha os requisitos legais. Na falta de regra especial que a proíba, aplicam-se as regras gerais sobre a concessão da suspensão condicional da pena."

Inclusive o Supremo Tribunal Federal entende que não existem obstáculos legais que impeçam a referida aplicação, entendimento este que pode ser aferido em decisões proferidas nesse sentido:

> NORMAS PENAIS - INTERPRETAÇÕES. As normas penais restritivas de direitos hão de ser interpretadas de forma teleológica - de modo a confirmar que as leis são feitas para os homens -, devendo ser afastados enfoques ampliativos.
> **SUSPENSÃO CONDICIONAL DA PENA - CRIME HEDIONDO - COMPATIBILIDADE. A interpretação sistemática dos textos relativos aos crimes hediondos e à suspensão condicional da pena conduz à conclusão sobre a compatibilidade entre ambos.**(STF, relator: Ministro Marco Aurélio de Mello, Habeas Corpus, Processo: 84414 UF: SP, DJ 26-11-2004) (grifo nosso).

> **CRIMES HEDIONDOS - SUSPENSÃO CONDICIONAL DA PENA. Possível é a suspensão condicional da pena mesmo em se tratando de crime hediondo** - precedente: Habeas Corpus nº. 84.414-6/SP, Primeira Turma, por mim relatado, com acórdão publicado no *Diário da Justiça* de 26 de novembro de 2004. (STF, relator: Ministro Marco Aurélio de Mello, Habeas Corpus, Processo: 86698 UF: SP, DJ 30-08-2007) (grifo nosso)

A suspensão condicional da pena tem quatro espécies: simples, humanitário, etário e especial. O *sursis* simples é o mais rígido de todos, pois prevê o cumprimento da pena restritiva de direitos, como prestação de serviço à comunidade e limitação de fim de semana, durante um ano, além de ordens proferidas pelo juiz. (GRECCO, 2006, p.684)

Já o especial é aplicado para os condenados que tiverem reparado o dano, desde que preenchidos os requisitos do art. 59 do CP, e consistirá em proibição de frequentar determinados lugares, ausentar-se da comarca onde mora, sem autorização judicial[6] e comparecimento mensal e pessoalmente ao juízo, informado de suas atividades.

As modalidades humanitária e etária foram abordadas anteriormente e aplicam-se, respectivamente, para condenação superior a quatro anos para portador de moléstia grave e para septuagenário com condenação não superior a quatro anos. O acusado precisa cumprir as condições impostas num período estabelecido pelo juiz, que variará de dois a quatro anos[7], chamado de período de prova. Esse lapso temporal poderá ser superior no caso de sentenciado septuagenário (a pena de quatro a seis anos), ou ainda, será prorrogado na hipótese de início da ação penal por outro crime. Impende destacar que a prorrogação é por tempo indeterminado e automática, não necessitando da provocação do juízo competente.

Por fim, deve-se mencionar que a qualquer tempo poderá haver a revogação do benefício. Basta que as causas de ampliação, dispostas no art. 81, I do CP, sejam implementadas: condenação irrecorrível por crime doloso (ressalte-se que a condenação à pena de multa não é causa de revogação da suspensão condicional da pena, da mesma forma que a condenação por contravenção ou por crime culposo); não cumprimento da pena de multa; deixar de reparar o dano, sem motivo relevante; descumprimento das condições estabelecidas no art. 78, § 1º do CP

(prestação de serviços à comunidade ou limitação de fim de semana) e não comparecimento, injustificado, à audiência admonitória[8].

Poderá, ainda, haver a revogação facultativa do *sursis,* quando presentes as causas dispostas no art. 81, §1º do CP: descumprimento de outras condições do *sursis*; condenação irrecorrível por crime culposo ou contravenção, a pena privativa de liberdade ou restritiva de direitos.

Importante ressaltar que se trata de um direito subjetivo do sentenciado ao *sursis*. José Frederico Marques (1999, p. 340-341) ressaltou esse direito do acusado:

> Se os pressupostos e requisitos da suspensão condicional estiverem preenchidos o juiz é obrigado a concedê-la, tanto que o réu pode pleiteá-la por meio de *habeas corpus*. Disso se infere que o condenado *tem direito* à suspensão condicional da execução da pena, sempre que cabível essa providência penal. E isso porque, ampliando o campo do *status libertatis* com o *sursis*, este se torna direito público subjetivo de liberdade cujo reconhecimento o réu pode pretender reconhecido em juízo.

Portanto, não é facultado ao juiz conceder ou não a suspensão, não sendo uma mera liberalidade de sua parte; presentes os requisitos objetivos e subjetivos, não cabendo substituição por pena restritiva de direitos, deverá o magistrado conceder o benefício e motivar a sentença, conforme disposição do art. 157 da Lei de Execução Penal (LUZ, 2000, p.58).

4.2. PENAS PECUNIÁRIAS

As penas pecuniárias podem ser definidas como sanções que ocasionam a redução do patrimônio do acusado, em favor do Estado (Fundo Penitenciário), ou das vítimas. Existem dois tipos desta sanção: o confisco e a multa. O primeiro consiste num dos efeitos da condenação, previsto no art. 91 do CP[9], consubstanciando-se na apreensão de bens e valores – em favor da União (cujos recursos levantados são destinados ao Fundo Penitenciário), ressalvado o direito de terceiro de boa-fé e da

vítima – que podem atingir todo ou parte do patrimônio do apenado.

É importante ressaltar que os bens perdidos devem ser frutos ou produto da vantagem amealhada pelo acusado de forma ilícita, impedindo que o agente tenha algum proveito com o crime praticado. O confisco era proibido pelo aparato legal, no entanto, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, passou a ser cominada penalidade de perda de bens, com teto até o valor referente ao prejuízo causado ou ao proveito obtido pelo agente ou por terceiro, em consequência da prática do crime. A perda só ocorrerá com o trânsito em julgado da sentença condenatória, tendo em vista ser um efeito da condenação. Portanto, não se pode conceber o confisco no curso do processo (MIRABETE, 2007, p.361).

Ressalta-se que o confisco é somente aplicado nos casos de crimes e, dessa forma, a disposição legal, do art. 91, II do CP, não deve ser interpretada de maneira ampliativa, ou seja, não é aplicável nos casos de contravenção penal.

Esse tipo de efeito da condenação apresenta importante característica: possui, teoricamente, caráter personalíssimo e por isso não pode passar da pessoa do réu. Acontece que o que ocorre na prática é diferente, o princípio da personalidade da pena não é observado, haja vista que o confisco imposto ao condenado – principalmente os desprovidos de renda – muitas vezes atinge os familiares, que ajudam ou sofrem algum tipo de privação.

A outra modalidade de pena pecuniária é a multa, como já foi dito. Ela é uma modalidade de pena alternativa prevista no art. 49 do CP. É apontada como solução mais vantajosa que o cárcere, porque evita o aprisionamento por curtos períodos de tempo, além de não trazer custo ao Estado, na sua aplicação. Mirabete (2007, p.290) destaca: "as penas privativas de curta duração não permitem a eficácia de um tratamento ressocializador, mas, ao contrário, acabam por atuar, preponderantemente, como fator criminógeno. (...) A pena de multa ressurgiu, então entre os diversos substitutivos, como o mais apropriado. (...)"

Acontece que nem todos os doutrinadores acolhem esse pensamento, sob a fundamentação da inocuidade da pena de multa. Nesse sentido, Manoel Pinto Pimentel (1983, p.173-174) leciona:

> Invocando a realidade, verificamos que na prática tudo se converte em irrisória arrecadação, uma

> vez que a maior parte dos criminosos – podemos mesmo dizer que é a esmagadora maioria – não dispõe de recursos para saldar a multa. Quanto aos afortunados *criminosos de colarinho branco*, a pena pecuniária assume aspecto de bilhete de passagem comprado para a impunidade. Análise fria dos fatos impõe a conclusão de que, se a ideia é generosa, a sua aplicação resulta *despicienda* no Brasil.

Percebe-se que as ponderações feitas pelo autor são bastante pertinentes, uma vez que a multa não atinge efetivamente a sua finalidade, devido, primeiramente, à impunidade dos autores de crimes contra a ordem econômica do país.

O sistema penal é extremamente seletivo e pune a parcela desprovida de recursos financeiros. Outro fator que se deve levar em consideração é o valor aplicado à multa, que não atinge quantia que se possa considerar punição para os providos de boa renda e insustentável para os mais pobres. Luis Régis Prado (2002, p.522) destacou ainda como desvantagem, a possível incitação à nova prática de delito pelos condenados hipossuficientes economicamente, para o pagamento da multa.

O Direito Penal brasileiro adota o sistema de dias-multa, que consiste, basicamente, na determinação da multa através da multiplicação do número de dias-multa – que variará entre 10 e 360 dias/multa – pelo número que representa a taxa diária (importância em dinheiro compreendido entre um trigésimo do salário mínimo e cinco salários mínimos), variável de acordo com a situação econômica do condenado e susceptível de correção monetária no ato da execução. Tal fixação permite que autores de mesmo crime tenham pena de multa diversa por causa da situação econômica.

O pagamento pode ser efetuado de forma parcelada, consoante se depreende do art. 50 do Código Penal[10]. A multa penal é considerada dívida de valor e, por isso, não pode ser convertida em qualquer outra sanção penal, inclusive as previstas no art. 85 da Lei 9.099/95, quando não houver o cumprimento da sanção fixada e deverá ser cobrada de acordo com a Lei de Execuções Fiscais (Lei 6830/80). Essa determinação está prevista no art. 51 do CP, com redação dada pela Lei 9.268/96.

Muito se discute sobre a competência para promover a execução da pena de multa. São duas as correntes existentes: a primeira defende

que penalidade em questão, por ser sanção de caráter penal, deveria ser executada pelo órgão do Ministério Público, junto à Vara de Execuções Fiscais. A segunda corrente propugna pela execução da pena pela Fazenda Pública, através da Procuradoria da Fazenda Nacional (PFN).

A posição adotada pelo Superior Tribunal de Justiça é a da segunda corrente que, no entanto, apresenta alguns problemas, tais como: a) faculdade da execução por parte da PFN (se a multa é uma pena, deve ser executada obrigatoriamente); b) julgamento da extinção da punibilidade, devido ao pagamento, por juiz incompetente (juiz da execução fiscal); c) prosseguimento da execução fiscal em relação ao espólio (a pena acaba passando da pessoa do réu)[11].

Urge mencionar alerta sinalizado por Cezar Bitencourt (1993, p.246), sobre o perigo da pena de multa:

> Contudo é bom lembrar a lição de Basileu Garcia, inconformado com a destinação do produto arrecadado com a pena pecuniária. Após afirmar que a pena de multa não sobrecarrega o Estado, mas, ao contrário, 'abastece as arcas do Tesouro Nacional', sentencia: 'Percebe-se, porém, certa nota de imoralidade nesse enriquecimento do Estado às expensas do crime, que lhe compete prevenir, dir-se-ia que se locupleta invocando a sua própria ineficiência, para não mencionar a sua própria torpeza, conforme brocardo proibitivo'. Daí – prossegue Basileu Garcia – 'a impreterível necessidade de se canalizarem os proventos originários dessa fonte impura unicamente para as salvadoras funções de prevenção geral e especial, buscando com eles atenuar a criminalidade e sanar as chagas deixadas por esse flagelo no organismo social'.

Por fim, cabe mencionar o entendimento de Luigi Ferrajoli acerca da pena pecuniária, para ele é um tipo de pena aberrante, pois não é pessoal, qualquer pessoa pode pagar o valor imputado, passando da pessoa do réu; é desigual, haja vista que recai de maneira diversa sobre os patrimônios, prejudicando o acusado que mal possui a renda suficiente para a sua subsistência, é desproporcional, pois é limitada a infrações penais mais

leves e passa a ser visualizada como um tributo e não como uma pena; e a desqualificação do processo penal e da função judicial, em face do caráter burocrático da pena pecuniária (FERRAJOLI, 2002, p. 334).

4.3. PENAS RESTRITIVAS DE DIREITO

A Constituição Federal adotou uma posição garantista, apesar do avanço do movimento "Lei e Ordem" no país. As penas restritivas de direito foram criadas em meio à proliferação legislativa de várias leis que propugnavam pelo recrudescimento penal. Mesmo em momento anterior à Carta Magna, pôde-se notar que o legislador apresentou as penas restritivas de direito, no Direito Penal pátrio, com o intuito de buscar substitutivos penais mais eficazes que a falida pena privativa de liberdade.

A lei que inseriu as penas restritivas de direito no âmbito do sistema penal pátrio foi a Lei 7.209/84, passando a se encontrarem presentes na Parte Geral do Código Penal Brasileiro. A ampliação do rol das penas restritivas de direito, foi dada com a Lei 9714/98, representando um avanço na tentativa de minimizar o uso da prisão que, como foi visto, está falida e não produz resultados positivos na recuperação do aprisionado.

Percebe-se, todavia, a cautela do legislador em inserir um tipo de penalidade que não tenha o caráter de castigo, somente. Tanto foi o receio, que as inovações só foram designadas para a Parte Geral do Código Penal Brasileiro, deixando de prever esse tipo de pena para os crimes tipificados na Parte Especial do Código, quando poderia ampliar os casos em que ensejaria a sua aplicação. A aplicação dessa pena alternativa deveria abranger maior número de casos, o legislador deveria ousar e retirar a restrição quanto à substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direito nos casos de crimes com emprego de violência e de elevadas penas. Dessa forma, poderia atingir um maior número de condenados.

A pena restritiva de direito consiste em substituir a pena de prisão por alternativas penais menos cruéis e ineficazes que o cárcere. Lamentavelmente, existem alguns juristas que pugnam por maior severidade do sistema punitivo e refutam a pena restritiva de direito, como meio eficaz para resolver o problema da crise do sistema penal, apoiando a política da tolerância zero. Ralf Dahrendorf (1997, p.109) é um desses autores que acreditam que a pena restritiva de direito beneficiará somente

os condenados em detrimento da liberdade da sociedade.

> Uma teoria penal que abomina a detenção a ponto de substituí-la totalmente por multas e trabalho útil, por 'restrições ao padrão de vida', não só contém um erro intelectual, pois confunde a lei e economia, como também está socialmente errada. **Ela sacrifica a sociedade pelo indivíduo. Isso pode soar a alguns como incapaz de sofrer objeções, até mesmo desejável. Mas também significa que uma tal abordagem sacrifica certas oportunidades de liberdade em nome de ganhos pessoais incertos**. (grifo nosso)

É imperioso salientar que a pena restritiva de direito é apenas substitutiva e ainda não existe previsão legal para a sua imediata aplicação, é necessário que haja a aplicação da pena privativa de liberdade, para que posteriormente seja substituída pela pena restritiva de direitos, ou seja, não há previsão legal para a aplicação desta sem antes ser imputada uma pena privativa de liberdade. Nesse sentido, leciona Fernanda Alves de Oliveira (2008):

> As penas restritivas de direitos são autônomas (e não acessórias) e substitutivas (não podem ser cumuladas com penas privativas de liberdade); também não podem ser suspensas nem substituídas por multa. As penas restritivas de direito foram paulatinamente introduzidas como uma alternativa à prisão. Seu campo de atuação foi significativamente ampliado pela Lei 9.714/98.

Faz-se necessário o preenchimento dos requisitos, para que haja a substituição. Estas condições estão delineadas no art. 44 do CP e devem ser vislumbradas concomitantemente, ou seja, todas devem estar presentes, obrigatoriamente, para haver a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direito. Assim como o *sursis*, a pena restritiva de direitos é um direito subjetivo do réu; uma vez preenchidos todos os requisitos, não ficará ao arbítrio do juiz a concessão da substituição.

Há requisitos subjetivos e objetivos a serem cumpridos para a aplicação

da conversão da pena de prisão para a pena restritiva de direito. Os requisitos objetivos são: condenação do réu à pena privativa de liberdade não superior a 4 anos e o crime não pode ter sido cometido com o emprego de violência ou grave ameaça à pessoa, consoante se infere no art. 44, I, 1ª parte do CP; réu condenado pelo cometimento de qualquer crime culposo, conforme se depreende do art. 44, I, *in fine,* CP.

Já os requisitos subjetivos, delineados no art.44, II e III, que dizem respeito às condições pessoais do condenado, consubstaciam-se em: não reincidência em crime doloso e indicação favorável da substituição. Estando presentes esses, caberá ao juiz aplicar a sanção privativa de liberdade, para no momento da execução da medida repressiva, esta ser substituída pela pena restritiva de direito que melhor se adeque à situação e ao condenado.

É imperioso destacar que a conversão é direito subjetivo do réu, o juiz avaliará as condições de cada caso e a presença dos requisitos objetivos e subjetivos. Estando esses presentes e ausente caso de reincidência em crime doloso, cabe ao julgador fundamentar a decisão, expondo precisa e pertinentemente as razões para negar a desejada conversão.

Por fim, não se pode olvidar a disposição legislativa sobre a possibilidade da conversão da pena restritiva de direito em privativa de liberdade, prevista no art. 44[12], §4º e §5º do CP, em virtude de descumprimento da restrição imposta, de nova condenação por outro crime que torne inviável o cumprimento da pena restritiva de direitos ou, ainda, por nova condenação por outro crime que torne inviável o cumprimento da pena restritiva de direitos anterior. Com respeito ao período já cumprido, será considerado para todos os efeitos como pena efetivamente cumprida, desde que observado o saldo mínimo de 30 (trinta) dias de reclusão ou detenção, ainda que o prazo restante seja inferior.

4.3.1 ESPÉCIES

A apresentação de cada espécie de pena restritiva de direito, ainda que de forma aligeirada, é necessária para a compreensão desse tipo de pena. Atualmente, o rol das penas restritivas de direito apresenta as seguintes espécies, após a ampliação inserida pela Lei 9.714/98, segundo classificação de Luiz Flávio Gomes (1999, p.104): prestação pecuniária,

perda de bens e valores, prestação de serviço à comunidade ou entidades públicas, interdição temporária de direitos e limitação de fim de semana.

A pena de prestação pecuniária consiste, basicamente, no pagamento em dinheiro feito pelo agressor à vítima, a seus dependentes, ou entidade pública ou privada com destinação social, de importância arbitrada pelo juiz competente, desde que respeitado os valores limítrofes (acima de 1 salário mínimo e até 360 salários mínimos). Essa fixação de valores sofre algumas críticas, sob a alegação da inconstitucionalidade da vinculação ao salário mínimo, devido à disposição constitucional prevista no art. 7º, IV[13]. O dinheiro arrecadado, a título de pena pecuniária, preferencialmente, é revertido à vítima, quando houver, ou às entidades públicas ou privadas com destinação social, quando não houver terceiro lesado.

Poderá, ainda, a prestação pecuniária constituir-se em prestação de outra natureza, consoante redação dada pelo art. 45, §2ºdo CP[14]. Isto significa que o juiz poderá converter a prestação pecuniária em cestas básicas[15], por exemplo, ou, além disso, o pagamento ser realizado mediante entrega de objeto, ou trabalho. É imperioso salientar que a autorização do beneficiário se faz necessária, imprescindível para a troca.

Ultrapassadas as breves considerações acerca desta espécie, tratar-se-á da perda de bens e valores. Segundo prescrição legal, o condenado perde valores e bens em favor da vítima ou seus dependentes, ou, ainda, de entidade pública ou privada com destinação social, sendo-lhes reservado o direito de promover ação de reparação civil, no juízo cível. O valor, ou bem, a ser apreendido variará conforme o prejuízo acarretado, o teto será o montante do prejuízo causado ou o provento obtido pelo agente ou por terceiro pela prática do crime.

Alguns doutrinadores, como Rogério Grecco (2006, p.577), questionam os efeitos desse tipo de sanção, pois argumentam que a perda de bens e valores, na prática, não produz efeito algum, porque o agente do delito só precisa, na pior das hipóteses, devolver aquilo que foi adquirido indevidamente. Pugnam pela perda de bens e valores como um dos efeitos da sentença e não como uma pena.

> Quando a lei penal permite a substituição da pena privativa de liberdade pela perda de valores nas hipóteses em que o agente, ou terceira pessoa, tenha obtido algum proveito com a prática do crime, não podendo a condenação ultrapassar o limite

> do montante desse proveito, na verdade gera uma sensação de impunidade. Isso porque será preferível ao agente corre risco, praticando infrações penais que lhe possam trazer muita lucratividade, pois que, se a sua ação criminosa for descoberta, poderá a Justiça Penal tão-somente compeli-lo a restituir aquilo que ele fora havido. (GRECCO, 2006, p.577)

Comungado com esta posição, Eduardo Roberto A. Del-Campo (*apud* GRECCO, 2006, p.578) assevera: "pretender fixar a pena com base no proveito experimentado pelo agente é o mesmo que determinar um nada jurídico. É o mesmo que dizer: pratique o crime que o máximo que lhe acontecerá será ter de devolver ao Estado aquilo que se locupletou ilicitamente".

Faz-se mister destacar que a pena restritiva de direito de perda de bens e valores não pode, em hipótese alguma, ser confundida com o confisco, previsto no art. 91 do Código Penal. Nesse toar, Luís Flávio Gomes (1999, p.136) explanou, sucintamente, sobre algumas diferenças existentes entre perda de bens e valores e confisco:

> só cabe o confisco dos instrumentos do crime (*instrumenta sceleris*) e dos produtos do crime (*producta sceleris*) ou do proveito obtido com ele (CP, art. 91), isto é, bens intrinsecamente antijurídicos; por seu turno, a perda de bens não requer sejam bens frutos de crime (*fructus sceleris*). O que o condenado vai perder são bens ou valores legítimos seus, os que integram o seu patrimônio lícito. Nesse caso, portanto, dispensa-se a prova de origem ilícita deles.

A pena de prestação de serviço à comunidade está prevista no art. 46, §1º do CP[16]. O serviço deverá ser prestado nos lugares previstos no §2º do mesmo artigo, são eles: entidades assistenciais, hospitais, escolas, orfanatos e outros estabelecimentos congêneres, em programas comunitários ou estatais. Ressalta-se que esse tipo de pena só poderá ser aplicada para as condenações superiores a 6 (seis) meses de privação de liberdade. Acaso seja inferior, a pena alternativa a ser aplicada será outra

que não a de prestação de serviço à comunidade.

A sanção deve ser cumprida da seguinte forma: a cada 1 (uma) hora de trabalho equivale a um dia de condenação. A lei não restringe a possibilidade se cumprir a pena na metade do tempo, quando superior a 1 (um) ano de condenação, porém, o aval do juiz é imprescindível para tanto. O horário de cumprimento da sanção não pode comprometer o horário normal de trabalho do condenado. A designação da atividade, a ser desenvolvida nas entidades, deverá considerar as aptidões do condenado para o desenvolvimento da atividade, uma vez que a intenção da pena, não é só estabelecer uma punição, como também, promover a ressocialização do apenado e a retribuição à sociedade.

A interdição temporária de direitos, prevista no art. 47do CP[17], consiste em: proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo; proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, de licença ou autorização do poder público; suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo; e proibição de frequentar determinados lugares. A duração desta sanção deve ser igual a da pena privativa de liberdade imposta.

Em rápida apresentação, a proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo deve ser aplicada quando houver violação dos deveres e obrigações próprias do cargo[18], função ou atividade exercida, ou ainda quando houver prática de crime contra a Administração Pública. É de bom alvitre ressaltar que a suspensão se dá de forma temporária, a duração é a mesma da pena privativa de liberdade aplicada. Atente-se que esta sanção não pode ser confundida com a perda de cargo[19], decorrente do efeito da condenação.

A interdição de proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, de licença ou autorização do poder público, é aplicada nos casos de violação das regras inerentes à profissão, ou cometimento de ilícito penal, valendo-se da prerrogativa da profissão. Essa sanção não pode ser confundida com medidas não penais, como as administrativas, por exemplo.

A suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo é aplicada nos casos de crime de natureza dolosa, na condução de veículo automotor, em substituição a pena privativa de liberdade. A polêmica que gira em torno dessa sanção é acerca da constitucionalidade ou não da sua aplicação para condenados à pena privativa de liberdade que exerçam

a atividade de motorista, uma vez que obstaria o exercício de atividade laborativa lícita. Na opinião de Mirabete (2007, p.279) não seria prudente a aplicação dessa sanção para os motoristas profissionais, a solução apontada por ele é "optar pela substituição por outra pena restritiva de direito ou, conforme o caso, conceder-se a suspensão condicional da pena."

Por derradeiro, das penas de interdição temporária de direitos, existe a previsão de não frequentar determinados lugares. O juiz determina, de forma fundamentada, de acordo com o crime cometido, quais os lugares que o condenado não pode frequentar durante o cumprimento da pena. Acontece que, por apresentar dificuldades na fiscalização, essa sanção tem sido alvo de críticas, que contestam a eficácia da pena aplicada. Nesse toar, Nucci (2000, p.162) assevera:

> A proibição de frequentar determinados lugares é uma condição imposta no contexto de outras penas ou benefícios da execução penal ou de leis especiais, como o livramento condicional (art. 132, § 2º, *c*, da Lei de Execução Penal), o regime aberto (art. 115 da Lei de Execução Penal, como condição geral), a suspensão condicional do processo (art. 89, §1º, II, da Lei nº 9.099/95). Ainda assim é quase impossível a sua devida fiscalização, podendo-se, eventualmente e de maneira casual, apenas descobrir que o condenado ou réu vem frequentando lugares proibidos, como botequins ou zonas de prostituição. Estabelecer tal proibição, como pena restritiva de direitos autônoma e substitutiva da privativa de liberdade, com a devida vênia, foi um arroubo.

Por fim, tem-se a limitação de final semana, disposta no art. 48 do CP[20], que obriga o condenado a permanecer em local, dias e horários, estabelecidos por juiz, para o cumprimento da pena. A permanência pode ser vinculada ou não a palestras, atividades educacionais e cursos proferidos no local. Segundo disposição legal, o condenado deve permanecer por cinco horas diárias, durante o final de semana (sábado e domingo), em casa de albergado ou em estabelecimento adequado.

5. O PAPEL DO LEGISLADOR E DO INTÉRPRETE NA DESCRIMINALIZAÇÃO DE CONDUTAS

Antes de tratar do papel do legislador e do aplicador do direito na descriminalização e despenalização de condutas, faz-se necessário tecer algumas breves considerações acerca da descriminalização e da despenalização. Raúl Cervini (1995, p.72) definiu descriminalização como a remoção do âmbito do Direito Penal de certas condutas, anteriormente consideradas delituosas. Cervini subdividiu em três formas: formal, substitutiva e de fato.

A descriminalização formal, também conhecida por de *jure*, consiste no reconhecimento de condutas, antes proibidas, como sendo legais e socialmente aceitas, enfim deixam de ser condutas ilícitas. Já na substitutiva, as penas são substituídas por outras de natureza jurídica diferenciada, ou seja, o ato delitivo não deixa de ser antijurídico, passa, somente, a ser punido com uma sanção diversa, mais branda. Por fim, a descriminalização de fato não deixa de considerar crime certa conduta, mas esta passa a não ser penalizada, devido ao comportamento da sociedade, que deixa de ver com "maus olhos" o fato tido como criminoso (CERVINI, 1995, p.72-75).

Sobre o assunto, leciona Luís Flávio Gomes (2008):

> *Descriminalizar:* significa retirar de algumas condutas o caráter de criminosas. O fato descrito na lei penal deixa de ser crime. Há três espécies de descriminalização: (a) a que retira o caráter criminoso do fato mas não o retira do âmbito do Direito penal (essa é a descriminalização puramente formal); (b) a que elimina o caráter criminoso no fato e o proscreve do Direito penal, transferindo-o para outros ramos do Direito (essa é a descriminalização penal, que transforma um crime em infração administrativa, v.g.) e (c) a que afasta o caráter criminoso do fato e lhe legaliza totalmente (nisso consiste a chamada descriminalização substancial ou total).
>
> Na primeira hipótese (descriminalização formal) o fato continua sendo ilícito (proibido), não se afasta do Direito penal, porém, deixa de ser considerado

> formalmente «crime». Passa a ser um ilícito *sui generis* (...). Retira-se da conduta a etiqueta de "crime" (embora permaneça a ilicitude penal). Descriminalização formal, assim, não se confunde com as demais descriminalizações acima descritas, que legaliza o fato ou o transforma em ilícito de outra natureza (administrativo, v.g.).
>
> Sempre que ocorre o processo (minimalista) de descriminalização é preciso verificar se o fato antes incriminado foi totalmente legalizado (descriminalização total) ou transferido para outro ramo do Direito (descriminalização penal) ou se (embora não configurando um "crime") continua pertencendo ao Direito penal (como infração *sui generis*). Essa última e a descriminalização formal. O fato descriminalizado só formalmente perde a característica de "crime", mas continua punido (penalmente) com outras sanções (não sai do âmbito do Direito penal); o fato descriminalizado penalmente é retirado do âmbito do Direito penal (sendo transferido para outro ramo do Direito: administrativo, sancionador etc.); o fato descriminalizado totalmente deixa de constituir um ilícito (ou seja: é legalizado, porque não é punido com nenhuma sanção: o adultério, por exemplo, foi descriminalizado totalmente).
>
> Na *legalização*, portanto, o fato é descriminalizado substancialmente e deixa de ser ilícito, isto é, passa a não admitir qualquer tipo de sanção. Sai do direito sancionatório. A venda de bebidas alcoólicas para adultos, v.g., hoje, está legalizada (não gera nenhum tipo de sanção: civil ou administrativa ou penal etc.).

É interessante salientar que o princípio da intervenção mínima deve ser sempre enfatizado nas relações jurídicas, o Direito Penal só deve intervir em último caso, quando não existirem outros meios mais eficazes de se resolver os casos apresentados. A descriminalização é compatível com este princípio, uma vez que atesta atipicidade aos casos juridicamente irrelevantes, permitindo que o direito penal seja aplicado para a violação

de bens de grande relevância e possa produzir resultados eficazes, como a diminuição da violência do sistema penal.

Assim como se trouxe à baila a definição de descriminalização, é imprescindível tratar da despenalização, que é a atenuação da sanção, sem deixar de conferir o caráter ilícito da ação (CERVINI, 1995, p.75). Pode-se citar como exemplo a adoção de penas alternativas à prisão ou até mesmo as atenuantes previstas no Código Penal. Luís Flávio Gomes (2008) também tratou de definir a despenalização:

> *Despenalizar* é outra coisa: significa suavizar a resposta penal, evitando-se ou mitigando-se o uso da pena de prisão, mas mantendo-se intacto o caráter ilícito do fato (o fato continua sendo uma infração penal ou infração de outra natureza). O caminho natural decorrente da despenalização consiste na adoção de penas alternativas para a infração.

Alguns exemplos de descriminalização e despenalização ocorridos no ordenamento jurídico pátrio podem ser citados a título de ilustração, como: posse de droga para consumo pessoal, (muito embora alguns autores defendam que o que de fato ocorreu foi a despenalização) e a revogação dos artigos penais que descreviam o adultério e a sedução (Lei nº. 11.106/05).

Em relação ao aplicador do direito, urge mencionar que ele não fica adstrito, somente, à aplicação da norma jurídica ao caso concreto. A sua atuação é bem maior. Deve avaliar os casos que são apresentados, observando os fatos subjetivos (fatores sociais, a pessoa do réu, a culpabilidade) que acarretaram no delito, enfim, o dever do intérprete é aplicar a lei atento à realidade social. Desse modo, assevera Plauto Faraco de Azevedo (*apud* GRUNWAED, 2008, p. 01):

> Cabe ao juiz, dentro do esquema legal, confrontando-o com as necessidades sociais, vendo-o como um "sistema aberto", retirar dele, mediante a argumentação, que é precisamente o modo de raciocínio do jurista, tudo que lhe puder fornecer em termos de favorecimento do exercício dos direitos humanos, da humana dignidade e da justiça social.

Rogério Grecco (2006, p.12) destacou a importância do papel do juiz na interpretação da norma infraconstitucional em consonância com a Constituição Federal, pois ele tem por missão garantir que os direitos e garantias fundamentais previstos na Carta Magna sejam cumpridos e respeitados.

Acaso uma lei não esteja cumprindo o seu papel social, cabe ao magistrado não aplicá-la ou até mesmo não acatá-la, para efeitos de desconsideração de condutas, antes proibidas. Pode-se citar como exemplo a descriminalização do crime de sedução e de adultério, que foram primeiramente descriminalizados na esfera judicial (ALMEIDA, 2004, p.114), ensejando a Lei 11.106/05, que aboliu as condutas descritas.

Percebe-se que a descriminalização de condutas, tidas como criminosas, e a despenalização são ainda muito tímidas no país, uma vez que vários tipos penais previstos no Código Penal (elaborado há mais de 60 anos) poderiam, ou melhor, deveriam ser descriminalizados e outros que deveriam passar a outro ramo do direito que não o penal. Pode-se observar que mesmo as leis de cunho garantista, que trouxeram grande avanço para legislação penal pátria, como a Lei 9099/95, não arriscou trazer a descriminalização de condutas, apenas apresentou quatro medidas despenalizadoras (GOMES, 2008, p. 01).

Observe-se que seis décadas se passaram, desde a elaboração do Código Penal, alterando substancialmente o contexto social, muitas mudanças na estrutura da sociedade ocorreram, influenciando diretamente o sistema jurídico.

Pode-se citar algumas condutas, a título de ilustração, que deveriam ser retiradas do âmbito de incidência do Direito Penal, ou serem descriminalizadas ante a nova realidade social que se encontra o país, pois como colocou Cervini (1995, p. 67), "manter criminalizadas condutas absurdas no momento atual implica gastos desnecessários que elevam os custos do delito e convertem o sistema penal em um aparato sobrecarregado e irracional". Eis alguns casos previstos no *Códex* Penal e outros na Lei de Contravenção Penal, respectivamente:

O art. 163 do Código Penal prevê o crime de dano, com pena de detenção de 1 (um) a 6 (seis) meses, ou multa. Não é concebível que esta conduta continue figurando na lei penal, uma vez que o Direito Civil já rege a conduta danosa e prevê a responsabilização daquele que praticou o ato danoso, bem como a indenização daquele que sofreu o dano.

Apresentando-se desnecessária a previsão penal.

Já o art. 324 do CP dispõe sobre o exercício de função pública antes de satisfeitas as condições legais. Ora, atualmente, é impossível alguém ser investido em cargo ou função pública sem antes serem satisfeitas as condições necessárias para investidura e apresentação de toda documentação exigida. E ainda que, por equívoco, viesse acontecer, tal fato deveria ser resolvido na esfera administrativa, sem a movimentação da máquina do sistema penal, pois neste caso não se vislumbra violação a bem jurídico relevante para a sociedade.

O art. 42 da Lei de Contravenções Penais prevê a prisão simples para o caso de perturbação do sossego de alguém. Esse é um caso que deveria ser afastado da esfera penal à luz de uma concepção minimalista do sistema penal, pois se trata de uma norma que tutela um bem que não tem relevância de elevada monta, trata-se de questão de educação e bom senso, nada que enseje a movimentação do sistema penal.

A vadiagem e a mendicância são contravenções penais que deveriam ser descriminalizadas, posto que a situação econômica de grande parte dos brasileiros não é das mais favoráveis. Registre-se que a maior parcela da sociedade encontra-se desempregada ou exercendo atividades na economia informal, não pode o Estado exigir que uma pessoa não peça dinheiro nas ruas, quando o mesmo é incapaz de promover as condições básicas necessárias para que aquela pessoa não pratique a mendicância, ou que fique na ociosidade. A Lei de Contravenções Penais encontra-se defasada, pois foi "editada sobre a égide da Constituição de 1937, sendo esta, por sua vez, o sustentáculo jurídico de uma ditadura truculenta de índole fascista, autoproclamada Estado Novo" (ALMEIDA, 2008, p. 01).

Tem-se, de forma bastante evidenciada o abandono do "direito penal da conduta" pelo "direito penal do autor", ou seja, não se pune pela conduta – positiva ou negativa – praticada pelo indivíduo e descrita em uma norma destinada a tutelar bens e valores considerados relevantes, mas pelo que indivíduo representa, pela sua condição pessoal tida como "inconveniente" aos interesses das forças socioeconômicas atuantes e que formatam a política criminal vigente.

Além dessas condutas (consideradas) ilícitas apresentadas, muitas outras continuam figurando na legislação penal pátria. Como se pôde ver, algumas delas já são aceitas como normais pela sociedade, além de sua sanção se apresentar em desuso, esperando apenas o legislador cumprir

o seu papel e promover uma profunda reforma no Código Penal e na Lei de Contravenções Penais, para realizar a descriminalização de algumas condutas e a despenalização de outras tantas.

Sucede que, os legisladores, por questões de interesse individual (arrebanhar maior número de eleitores) adotam medidas contrárias à descriminalização e a despenalização, criam leis mais severas e desnecessárias, para tentar agradar o eleitorado que clama por maior segurança.

O legislador deve ousar no que se refere à despenalização e à descriminalização de condutas. A necessidade de reforma da legislação penal brasileira é urgente, as condutas delitivas, consideradas leves, precisam ser despenalizadas, evitando-se ou mitigando-se o uso da pena de prisão, através da adoção de penas alternativas para a infração. Destaque-se a importância da implementação de penas alternativas como penas principais, totalmente desvinculadas da pena privativa de liberdade, pois como se sabe, no ordenamento jurídico pátrio, é preciso que haja, primeiramente, a imputação da pena privativa de liberdade, para que posteriormente, esta, seja convertida em pena alternativa.

6. PERSPECTIVAS PARA SUPERAÇÃO DA CRISE DO SISTEMA PENAL VIGENTE

Como foi abordado, inicialmente, a busca por segurança e proteção é um anseio social que é buscado a todo o custo e que se constitui em um dos maiores desafios nos modernos Estados Democráticos de Direito, já que tal propósito, muitas vezes, é perseguido por meio de um sistema penal seletivo, estigmatizante, excludente, de caráter simbólico, que apoia a exarcebação do poder punitivo e não respeita os direitos e garantias fundamentais do cidadão. Não há como apoiar a manutenção desse sistema e nem mesmo aceitar que o movimento *Law and Order* tome proporções maiores.

Foi possível observar que existem correntes que não reconhecem a legitimidade do sistema penal e são totalmente contrárias ao posicionamento adotado pelo movimento *Law and Order* e a política de Tolerância Zero. Conhecidos como abolicionismo e minimalismo penal, ambos possuem em comum, como já registrado, o reconhecimento da falta de legitimidade do sistema penal. Entrementes, o abolicionismo

pugna pela abolição completa do sistema penal e defende a resolução dos conflitos interpessoais através do diálogo entre os envolvidos na situação problema, como chama Louk Hulsman e Jaqueline Celis (1997, p. 132), "formas de resolução de conflitos baseadas em encontros cara a cara".

Já o minimalismo, como se pode observar, entende que o sistema punitivo deve ser mantido, no entanto só deve ser utilizado em casos extremos, em que exista grave violação a bem jurídico de extrema relevância, ou casos de sociopatas que ofereçam grave ameaça à segurança da sociedade. Essa corrente propugna uma intervenção mínima do Direito Penal, sua aplicação só ocorreria em determinados casos restritos, de forma subsidiária (*ultima ratio*).

Diante desses dois pensamentos, conclui-se que o melhor caminho a ser adotado para superar a crise do sistema penal é a adoção de medidas descriminalizadoras e despenalizadoras, sem, contudo, abolir por completo o sistema penal, resguardando-lhe uma função meramente subsidiária, como recurso extremo chamado a intervir somente quando não se puder lançar mão de formas extra-penais e, quiçá, extra-estatais de resolução de conflitos. Pois, não é crível a possibilidade de abolir todo o sistema penal, deixando sem solução os casos de graves violações a bem jurídico de grande relevância.

As soluções propostas pelo abolicionismo têm sua relevância e despertam para a necessidade de pensar novas alternativas à resposta penal diante de situações-conflito cada vez mais frequentes nas sociedades modernas. Propostas como as que foram apresentadas por Louk Hulsman e Jaqueline Celis (1997, p. 132 e ss.) poderiam ser empregadas para resolver as questões penais de pouca monta.

As propostas são as seguintes: resolução de conflito baseado no encontro cara a cara; "confronto organizado pela polícia", entre os envolvidos na situação problema, para que estes se questionem se realmente querem levar os seus problemas à esfera judicial; arbitragem, os conciliadores seriam treinados para intervirem nos conflitos e apresentarem proposta para cada um dos interessados; e a *community boards*, que consiste em formar comissões de conciliadores *ad hoc*, com características semelhantes aos envolvidos na situação problema, para ajudarem os envolvidos a encontrarem uma solução (HULSMAN; CELIS, 1997, p. 132 e ss.).

A proposta minimalista de reservar a atuação do direito penal para

casos excepcionais é mais viável que a proposta abolicionista de eliminar todo o sistema penal vigente, posto que não se pode prescindir do direito penal e seu aparato para o enfrentamento daquelas situações que envolvem violações de bem jurídico de grande monta. A sua aplicação, quando necessária, deverá respeitar os direitos e garantias fundamentais do condenado e observar o princípio da dignidade humana, da intervenção mínima, da proporcionalidade e razoabilidade.

O principal recurso do sistema penal vigente para punir o infrator da legislação penal é a aplicação da pena privativa de liberdade, que fere direito fundamental individual do ser humano, previsto na Constituição Federal brasileira, que é a liberdade. Não se pode aceitar conceber tal predileção quando há maneiras mais eficientes e menos prejudiciais, ao condenado e à sociedade, para o enfrentamento dessas situações-conflito. Pode-se, por exemplo, utilizar mais os benefícios da Lei de Execuções Penais como o *sursis;* a liberdade condicional, que poderia ser concedida com menor tempo de cumprimento da pena; execução da pena de prisão em regime domiciliar, ou ainda no regime de semiliberdade.

Tudo isso seria um processo gradual e indispensável para a contração da aplicação da pena privativa de liberdade, pois, não se pode conceber que a pena de prisão continue sendo a alternativa mais adotada para resolver as questões de conflitos que se impõe e, nem mesmo possa ser considerada a mais importante no combate à criminalidade e à violência, posto que ela não satisfaz "a prevenção de delitos, dado o caráter criminógeno das prisões (...), nem a prevenção das vinganças privadas, satisfeita na atual sociedade dos *mass media* bem mais pela rapidez do processo e pela publicidade das condenações do que pela expiação da prisão" (FERRAJOLI, 2002, p.330).

Registre-se que, inexoravelmente, é de grande importância a realização de uma reforma profunda na polícia, nas organizações judiciárias e penitenciárias (BARATTA, 2002, p. 203), de modo a preparar as pessoas, que nesses órgãos trabalham, para lidar com os agentes de fatos delituosos, para tentar minimizar os efeitos do cárcere. Deve-se adotar outras medidas para diminuir esses efeitos, tais como incentivo ao estudo, ao trabalho, acesso à saúde, amplo acesso à justiça através de seus advogados ou defensores.

Dessa forma, conclui-se que a abolição de todo o sistema penal não é possível de ser implementada na atual sociedade, pois para que pudesse

colocar em prática o ideal abolicionista seria imprescindível uma reforma em todos os setores da sociedade, com ampla participação dos agentes sociais para proporcionar as mudanças na economia, na política, enfim todos os aspectos sofreriam mutações para possibilitar a adoção do abolicionismo penal.

Embora não seja objeto do presente estudo, a verdade é que o ideário democrático – que tem no respeito aos direitos e garantias fundamentais sua característica mais marcante – passa por um momento de refluxo diante do poderio dos grandes conglomerados empresarias transnacionais exigindo a redução do Estado Social, do incremento do crime organizado com seus tentáculos nas estruturas formais de poder, de uma "luta contra o terror" que impõe uma política criminal excessivamente reacionária, etc; tudo isso trazendo graves reflexos no âmbito dos direitos e liberdades vinculados às liberdades individuais.

Assim, tanto no Brasil como na grande maioria dos Estados modernos não se vislumbra um modelo de sociedade que pareça estar preparada para abdicar de um sistema penal que, apesar de suas vicissitudes, ainda reserva um considerável espaço onde se encontram resguardados os direitos e garantias do devido processo legal, da ampla defesa e contraditório, do estado de inocência, dentre outros, que necessariamente poderiam não ser observados nas instâncias "informais" de controle social.

Por fim, urge salientar, mais uma vez, que o cárcere deve ser o último instrumento de que o sistema penal deve se valer para imposição de uma pena, pois se trata de "uma instituição ao mesmo tempo antiliberal, desigual, atípica, extralegal e extrajudicial, ao menos em parte, lesiva para a dignidade das pessoas, penosa e inutilmente aflitiva" (FERRAJOLI, 2002, p. 331).

7. CONCLUSÃO

Diante de tudo que foi exposto no presente trabalho, objetivou-se demonstrar a crise no sistema penal brasileiro, decorrente da tentativa de legitimação do sistema, através da adoção de política criminal apoiada no expansionismo penal e recrudescimento das penas. Os anseios populares por maior segurança ensejaram a adoção de teorias típicas do Direito Penal Máximo, que produziu inúmeras leis penais de caráter meramente simbólico, com o intuito eleitoreiro.

O movimento Lei e Ordem e a política criminal de Tolerância Zero (que pregam: a repressão penal com penas severas para combater a criminalidade; o endurecimento do sistema penal, como forma de coibir futuras condutas delituosas e a ampliação da atuação do direito penal, para punir todos os delitos cometidos, sem deixar que nenhum ato criminoso escape do crivo da lei) coexistem com o Direito Penal Mínimo (que preza a garantia de liberdade do homem e o respeito aos direitos humanos, no caso de necessidade de aplicação da pena), teoria adotada pela Constituição Federal, no entanto é possível visualizar uma predileção, notadamente, pela Teoria do Direito Penal Máximo, diante de maior produção legislativa em relação ao endurecimento da pena e criminalização de condutas.

Registre-se que o discurso penal adotado pela sociedade e proferido pelos meios de comunicação influenciam a decisão do legislador no momento da elaboração da lei. O discurso difundido pela mídia produz "a propagação de mensagens irresponsáveis que constituem uma deslealdade comercial com o simples objetivo de obter audiência" (ZAFFARONI, 1991, p. 176), sem observar os efeitos produzidos na sociedade. As notícias difundidas, diariamente, destacam, prioritariamente, os fatos violentos ocorridos, levando a crer que as únicas notícias são relacionadas com a violência e a criminalidade.

Em resposta à crise que se impõe no sistema penal, foram apresentadas duas correntes que deslegitimam o sistema punitivo vigente, o abolicionismo e o minimalismo penal, este pugna pela intervenção mínima do direito penal para a resolução de conflitos penais que atinjam bens jurídicos de grande relevância para a sociedade, bem como defende a maior despenalização e descriminalização de condutas. Enquanto o abolicionismo penal entende que o sistema punitivo é estrutura de dominação de classe (dos mais abastados sobre os menos favorecidos economicamente) e defende, portanto, a sua completa eliminação, adotando-se alternativas fora do âmbito do direito penal para resolver os conflitos interpessoais.

Destarte, após análise das duas correntes deslegitimantes do sistema penal vigente, foi possível concluir, que apesar dos problemas ocasionados por ele, ainda não é possível abdicá-lo, pois, ainda, é imprescindível para resolver as questões de graves violações a bens juridicamente relevantes de

grande monta e para casos de sociopatas, que não apresentem qualquer perspectiva de reintegração à sociedade e ressocialização.

É importante ter em mente que o Direito Penal deve ser a *ultima ratio* e pautar-se na proteção dos direitos fundamentais e na dignidade da pessoa humana, devendo proteger os bens jurídicos relevantes para a sociedade. Cabe ao operador do direito aplicar medidas extra-penais, deixando como última saída a imposição da pena privativa de liberdade. Isto é, quando não mais existir medida ou pena alternativa que possa ser utilizada para expurgar a conduta danosa que atinge o bem jurídico de alta relevância para a sociedade. A pena, no entanto, deverá ser justa, proporcional, razoável e compatível com os princípios e garantias constitucionais, "porque a utilização de recurso tão danoso à liberdade individual somente se justifica em face do grau de importância que o bem tutelado assume" (BIANCHINI, 2007, p. 01).

CRISIS OF LEGITIMATE CRIMINAL SYSTEM: FLEXIBILITY OF CURRENT MODEL PENAL (IN DEFENCE OF DECRIMINALIZATION AND DEPENALIZATION)

ABSTRACT: This article aims to broach the Brazilian penal system's crisis, as well as present alternative solutions to imprisonment, as intent to resolve the existent conflicts in the society, once the current punishing system is incapable of carrying out its purpose: guarantee safety and promote reduction of violence and criminality rates. We will be able to see that the State adopted, with the attempt to attend the society desires, the Low and Order model, which pleats the penal intensification. Before this expansion and the penal system harshness, two thoughts that deny the current penal system's legitimacy emerged. These thoughts are known as penal abolitionism and penal minimalism. The arguments and the opposing arguments of each of these thoughts will be presented in this study, as well as ideas of theirs most important authors. This work will, also, talk about the Brazilian penal system, its characteristics and problems. The penal substitutes to the imprisonment as penal punishment and the defendant subjective right will be studied in a separate chapter. In conclusion, we will put in focus the need for decriminalization and depenalization in several measures of the Penal Cod and in the Penal

Contravention's Law as well as the Minimum Intervention Principal.

KEYWORDS: Penal system. Penal abolitionism. Penal minimalism. Discrimination.

Notas

[1] Mobilização em larga escala do aparelho de Estado em uma sociedade capitalista a fim de executar medidas orientadas diretamente ao bem-estar de sua população.
[2] Modelo de política criminal em que a ação persecutória do Estado é especialmente intransigente com delitos menores.
[3] "O encarceramento é dispendioso para o Estado, não reintegra ou ressocializa, funcionando ainda como escola do crime" (PASSETTI, 2004. p. 26).
[4] Um dos dados frequentes referidos como de efetiva demonstração do fracasso da prisão os altos índices de reincidência, apesar da presunção de que durante a reclusão, os internos são submetidos a um tratamento reabilitador. (...) Porém, os países latino-americanos não apresentam índices estatísticos confiáveis (quando não, inexistentes), sendo este um dos fatores que dificultam a realização de uma verdadeira política criminal. Apesar de deficiência dos dados estatísticos é inquestionável que a delinquência não diminui em toda a América Latina e que o sistema penitenciário tradicional não consegue reabilitar o delinquente, ao contrário, constitui uma realidade violenta e opressiva e serve apenas para reforçar os valores negativos do condenado. (PASSETTI, 2004, p. 149).
[5] Art. 77 - A execução da pena privativa de liberdade, não superior a 2 (dois) anos, poderá ser suspensa, por 2 (dois) a 4 (quatro) anos, desde que: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)
I - o condenado não seja reincidente em crime doloso; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)
II - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias autorizem a concessão do benefício;(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)
III - Não seja indicada ou cabível a substituição prevista no art. 44 deste Código. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)
§ 1º - A condenação anterior a pena de multa não impede a concessão do benefício.(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)
[6] "são aquelas que podem ser impostas pelo juiz, embora não previstas expressamente no Código Penal" (MIRABETE, 2007).
[7] Nos casos de contravenção penal, o período de prova será de um a três anos (art. 11LCP)
[8] Audiência em que o juiz faz todas as advertências e apresenta as consequências do descumprimento das condições estabelecidas.
[9] Art. 91 - São efeitos da condenação: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)
I - tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)
II - a perda em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)
a) dos instrumentos do crime, desde que consistam em coisas cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito;
b) do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso.
[10] Art. 50 - A multa deve ser paga dentro de 10 (dez) dias depois de transitada em julgado a

sentença. A requerimento do condenado e conforme as circunstâncias, o juiz pode permitir que o pagamento se realize em parcelas mensais.
§ 1º - A cobrança da multa pode efetuar-se mediante desconto no vencimento ou salário do condenado quando:
a) aplicada isoladamente;
b) aplicada cumulativamente com pena restritiva de direitos;
c) concedida a suspensão condicional da pena.
§ 2º - O desconto não deve incidir sobre os recursos indispensáveis ao sustento do condenado e de sua família.

[11] Aula ministrada pelo professor Antonio Carlos da Ponte, no dia 25 de setembro de 2007, no Marcato Cursos Jurídicos.

[12] Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando: (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)
I - aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo; (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)
II - o réu não for reincidente em crime doloso; (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)
III - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente. (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)
§ 1º (VETADO) (Incluído e vetado pela Lei nº 9.714, de 1998)
§ 2º Na condenação igual ou inferior a um ano, a substituição pode ser feita por multa ou por uma pena restritiva de direitos; se superior a um ano, a pena privativa de liberdade pode ser substituída por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas restritivas de direitos. (Incluído pela Lei nº 9.714, de 1998)
§ 3º Se o condenado for reincidente, o juiz poderá aplicar a substituição, desde que, em face de condenação anterior, a medida seja socialmente recomendável e a reincidência não se tenha operado em virtude da prática do mesmo crime. (Incluído pela Lei nº 9.714, de 1998)
§ 4º A pena restritiva de direitos converte-se em privativa de liberdade quando ocorrer o descumprimento injustificado da restrição imposta. No cálculo da pena privativa de liberdade a executar será deduzido o tempo cumprido da pena restritiva de direitos, respeitado o saldo mínimo de trinta dias de detenção ou reclusão. (Incluído pela Lei nº 9.714, de 1998)
§ 5º Sobrevindo condenação a pena privativa de liberdade, por outro crime, o juiz da execução penal decidirá sobre a conversão, podendo deixar de aplicá-la se for possível ao condenado cumprir a pena substitutiva anterior. (Incluído pela Lei nº 9.714, de 1998)

[13] Art. 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:
(...)
IV- salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim;

[14] Art. 45. Na aplicação da substituição prevista no artigo anterior, proceder-se-á na forma deste e dos arts. 46, 47 e 48. (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)
§ 1º A prestação pecuniária consiste no pagamento em dinheiro à vítima, a seus dependentes ou a entidade pública ou privada com destinação social, de importância fixada pelo juiz, não inferior a 1 (um) salário mínimo nem superior a 360 (trezentos e sessenta) salários mínimos. O valor pago será deduzido do montante de eventual condenação em ação de reparação civil, se coincidentes os beneficiários. (Incluído pela Lei nº 9.714, de 1998)
§ 2º No caso do parágrafo anterior, se houver aceitação do beneficiário, a prestação pecuniária pode consistir em prestação de outra natureza. (Incluído pela Lei nº 9.714, de 1998)

§ 3º A perda de bens e valores pertencentes aos condenados dar-se-á, ressalvada a legislação especial, em favor do Fundo Penitenciário Nacional, e seu valor terá como teto - o que for maior - o montante do prejuízo causado ou do provento obtido pelo agente ou por terceiro, em consequência da prática do crime. (Incluído pela Lei nº 9.714, de 1998).

[15] Segundo o art. 17 da Lei 11.340/2006, fica vedada a substituição por pena de prestação pecuniária, ou por pagamento em cestas básicas, ou pena de multa isoladamente, em casos de crime de violência doméstica e familiar contra a mulher:

Art. 17. É vedada a aplicação, nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, de penas de cesta básica ou outras de prestação pecuniária, bem como a substituição de pena que implique o pagamento isolado de multa.

[16] Art. 46. A prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas é aplicável às condenações superiores a seis meses de privação da liberdade. (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)

§ 1º A prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas consiste na atribuição de tarefas gratuitas ao condenado. (Incluído pela Lei nº 9.714, de 1998)

§ 2o A prestação de serviço à comunidade dar-se-á em entidades assistenciais, hospitais, escolas, orfanatos e outros estabelecimentos congêneres, em programas comunitários ou estatais. (Incluído pela Lei nº 9.714, de 1998)

§ 3º As tarefas a que se refere o § 1o serão atribuídas conforme as aptidões do condenado, devendo ser cumpridas à razão de uma hora de tarefa por dia de condenação, fixadas de modo a não prejudicar a jornada normal de trabalho. (Incluído pela Lei nº 9.714, de 1998)

§ 4º Se a pena substituída for superior a um ano, é facultado ao condenado cumprir a pena substitutiva em menor tempo (art. 55), nunca inferior à metade da pena privativa de liberdade fixada. (Incluído pela Lei nº 9.714, de 1998)

[17] Art. 47 - As penas de interdição temporária de direitos são: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

I - proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

II - proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, de licença ou autorização do poder público;(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

III - suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

IV - proibição de frequentar determinados lugares. (Incluído pela Lei nº 9.714, de 1998)

[18] "A infidelidade, o abuso de poder, a violação do dever funcional indicam a necessidade de aplicação da referida pena alternativa quando não for indicada a pena privativa de liberdade. Pode ser ela aplicada nos crimes de peculato culposo, prevaricação, advocacia administrativa, violência arbitrária, abandono de função etc., quando aplicada pena privativa de liberdade inferior a quatro anos." (MIRABETE, 2007, p.277).

[19] "Esse efeito da condenação só ocorre quando a pena aplicada for superior a quatro anos e deve ser motivadamente declarada na sentença." (MIRABETE, 2007, p.277).

[20] Art. 48 - A limitação de fim de semana consiste na obrigação de permanecer, aos sábados e domingos, por 5 (cinco) horas diárias, em casa de albergado ou outro estabelecimento adequado. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Parágrafo único - Durante a permanência poderão ser ministrados ao condenado cursos e palestras ou atribuídas atividades educativas.(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

REFERÊNCIAS

ADORNO, Sérgio. *Crime e violência na sociedade brasileira*

contemporânea. Disponível em: http://www.nevusp.org/downloads/down103.pdf . Acesso em 03 mar. 2013.
ALMEIDA, Gevan de Carvalho. *O crime nosso de cada dia*: entendendo como o Brasil trata o crime e o criminoso. Rio de Janeiro: Impetus, 2004.
ALMEIDA, Tales Passos de. *Mendicância contravencional*: a gestão penal do medo. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, nº 1533, 12 set. 2007. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10397>. Acesso em: 24 mar. 2013.
AMARAL JUNIOR, Ronald. *Culpabilidade como princípio*. Disponível em: www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto1131.rtf. Acesso em: 24 mar. 2013.
ARAS, Vladimir. Suspensão condicional do processo: direito subjetivo do acusado? *Jus Navigandi*, Teresina, ano 3, nº 27, dez. 1998. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1083>. Acesso em: 01 mar. 2013.
ARAÚJO NETO, Eduardo. *Aspectos sobre a privatização dos presídios no Brasil*. Disponível em: http://www.pgj.ce.gov.br/artigos/print.asp?iCodigo=76. Acesso em: 24 mar. 2013.
BARATTA, Alessandro. Criminologia crítica e crítica do direito penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.
BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal*. 10. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2005.
BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita. *A violência é coisa nossa*: mas tem jeito. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/mariavictoria/mariavitoria_violencia.html. Acesso em: 03 mar. 2013.
BIANCHINI, Alice. *A concepção minimalista do direito penal***.** Disponível em: http://www.direitoufba.net/mensagem/josebarroso/cr-concepcaominimalista.doc. Acesso em: 03 mar. 2013.
BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão*: causas e alternativas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
_____. *O objetivo ressocializador na visão da criminologia crítica*. Revista dos Tribunais. SP, V. 662, dez. 1990.
_____. *Penas e medidas alternativas*: Visão crítica. Disponível em: http://www.cjf.gov.br/revista/numero15/mesaredonda51.pdf. Acesso

em: 03 mar. 2013.
BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 05 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituiçao.htm>. Acesso em: 03 mar. 2013.
_____. *Decreto Lei 2.848*, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm. Acesso em: 03 mar. 2013.
_____. *Decreto Lei 3.688*, de 03 de outubro de 1941. Lei das Contravenções Penais. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del3688.htm. Acesso em: 03 mar. 2013.
_____. *Lei 11.449*, de 15 de janeiro de 2007. Altera o art. 306 do Decreto-Lei nº3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccIVIL_03/_Ato2007-2010/2007/Lei/L11449.htm. Acesso em03 mar. 2013.
CALLIGARIS, Contardo. *A vergonha de ser pobre*. Disponível em: http://www.verdestrigos.org/sitenovo/site/cronica_ver.asp?id=896. Acesso em: 03 mar. 2013.
CAMARGO, Roberta Negrão de. *Abolicionismo penal*: da utopia à realidade. Disponível em: <http://www.uj.com.br/publicacoes/doutrinas/default.asp?action=doutrina&iddoutrina=300>. Acesso em 03 mar. 2013.
CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal*. Volume I: parte geral (arts, 1º a 120). 9. ed. São Paulo: 2005.
CARDIA, Nancy. *Direitos humanos e exclusão moral*. Revista Sociedade e Estado. Volume X, nº 2. Jul. - Dez., 1995.
CARVALHO, Salo de. *Reincidência e antecedentes criminais*: abordagem crítica desde o marco garantista. Revista da Ajuris. Porto Alegre: Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, 1999, volume 76.
CAVALCANTE, Márcio André Lopes. *A Defensoria Pública e a nova exigência do flagrante imposta pela Lei nº 11.449/07*. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1419, 21 maio 2007. Disponível em: http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9909. Acesso em: 06 mar. 2013
CERVINI, Paul. *Os processos de descriminalização*. Tradução Eliana Granja *et al*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
DAHRENDORF, Ralf. *A lei e a ordem*. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1997.
DOTTI, René Ariel. *Bases e alternativas para o sistema de penas*. São

Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
FERNANDES, Emanuella Cristina Pereira. *O desvirtuamento do caráter ressocializador das penas privativas de liberdade*. Jus Navigandi, Teresina, ano 4, n. 36, nov. 1999. Disponível em: http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=955. Acesso em: 24 mar. 2013.
FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*: nascimento da prisão. 12. ed. Petrópolis: Vozes, 1995.
GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. *O direito penal na era da globalização*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
_____. *Limites do* "Ius Puniendi" *e bases principiológicas do garantismo penal*. Disponível em: http://www.wiki-iuspedia.com.br/article.php?story=20070410101353547. Acesso em: 03 mar. 2013.
_____. *Nova lei de drogas: descriminalização da posse de drogas para consumo pessoal.* Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1236, 19 nov. 2006. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9180>. Acesso em: 03 mar. 2013.
_____. *Penas e medidas alternativas* à prisão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
GRECCO, Rogério. *Curso de direito penal*: parte geral, vol. 1. Niterói: Impetus, 2006.
_____. *Princípio da proporcionalidade e o concurso de pessoas nos delitos de furto e roubo*. Disponível em: http://www.praetorium.com.br/?section=artigos&id=49. Acesso em: 24 mar. 2013.
GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2005.
GRUNWALD, Astried Brettas. *Uma visão hermenêutica comprometida com a Justiça*. Disponível em: http://jusvi.com/artigos/288. Acesso em: 24 mar. 2013.
HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. *Penas perdidas*: o sistema penal em questão. Rio de Janeiro: Luam, 1997.
KARAM, Maria Lúcia. *Expansão do poder punitivo e violação de direitos fundamentais.* Disponível em: http://www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto%201144.rtf. Acesso em: 24 mar. 2013.
LUZ, Orandyr Teixeira. *Aplicação de penas alternativas*. Goiânia: AB

Editora, 2000.
MARCHI JUNIOR, Antonio de Padova. *Abolicionismo criminal*. Disponível em: http://www.direitoufba.net/mensagem/josebarroso/cr-abolicionismocriminal.doc. Acesso em 24 mar. 2013.
MARQUES, José Frederico. *Estudos de direito processual penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1960.
_____. *Tratado de direito penal*: volume III. Campinas: Millenium, 1999.
MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N.. *Manual de direito penal*: parte geral, arts. 1º a 120 do CP. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2007.
_____. *Execução penal*: comentários à Lei nº 7210 de 11-7-84. 8. ed. São Paulo: Atlas, 1997.
MIRZA, Flávio. *Os sistemas processuais e o processo penal Brasileiro*: breves notas. Disponível em: http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=492. Acesso em: 24 mar. 2013.
MORAES, Maurício Zanoide de. *Política criminal, Constituição e processo penal*: razões da caminhada brasileira para a institucionalização do caos. Disponível em: http://www.zanoideadvogados.com.br/livros/artigos/artigo_dez_2006.doc. Acesso em: 24 mar. 2013.
MOREIRA FILHO, Agnaldo. *Estudos sobre os sistemas processuais penais*. Disponível em: http://www.webartigos.com/articles/2667/1/Estudos-sobre-os-Sistemas-Processuais-Penais/Pagina1.html. Acesso em 24 mar. 2013.
MOREIRA, Rômulo de Andrade**.** *Penas alternativas*: Uma pesquisa. Disponível em: http://br.monografias.com/trabalhos/penas-alternativas-justica-criminal-bahia/penas-alternativas-justica-criminal-bahia2.shtml. Acesso em: 24 mar. 2013.
NOGUEIRA NETO, João Baptista. *A sanção administrativa aplicada pelas agências reguladoras*: instrumento de prevenção da criminalidade econômica. Disponível em: http://dspace.c3sl.ufpr.br:8080/dspace/bitstream/1884/729/1/jo%c3%a3o%20batista_final.pdf Acesso em: 24 mar. 2013.
NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
OLIVEIRA, Fernanda Alves. *Direito penal*: Parte geral. Disponível em: http://intervox.nce.ufrj.br/~diniz/d/direito/penal-Dir_Penal_

ParteGeral.pdf. Acesso em: 24 mar. 2013.
OLIVEIRA, Salete Magda de; PASSETTI, Edson. *Abolicionismo penal*: uma nova perspectiva para advogados, promotores e juízes. Disponível em: http://www.neofito.com.br/artigos/art01/penal22.htm. Acesso em 24 mar. 2013.
PASSOS, Rogério Duarte Fernandes dos. *Caso Escola Base*: Desrespeito à ética do jornalismo e ao direito. Disponível em: http://conjur.estadao.com.br/static/text/41958,1. Acesso 24 mar. 2013.
PASSETTI, Edson (org.). *Curso livre de abolicionismo penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2004.
_____. *Sociedade de controle e abolição da punição*. Disponível em : http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-88391999000300008&script=sci_arttext. Acesso em 24 mar. 2013.
PIMENTEL, Manoel Pedro. *O crime e a pena na atualidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.
PINHO, Marco Antônio de. *Das penas alternativas em face da ineficiência das privativas de liberdade*. Disponível em: http://www.trinolex.com/artigos_view.asp?icaso=artigos&id=3522. Acesso em 24 mar. 2013.
PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. Volume 1: parte geral: arts. 1º a 120. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
SALLA, Fernando. A crise na segurança pública no Brasil. Disponível em: http://www.nevusp.org/downloads/down143.pdf. Acesso em: 24 mar. 2013.
SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. *A expansão do direito penal*: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Tradução Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
SANTOS, Fátima Sibelli Monteiro Nascimento. *Política criminal*: uma análise crítica acerca da realidade brasileira. São Cristóvão, 2004. 95 p. Monografia submetida ao Colegiado do Curso de Direito da Universidade Federal de Sergipe, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.
SHECAIRA, Sergio Salomão; CORREA JUNIOR, Alceu. *Pena e Constituição*: aspectos relevantes para sua aplicação e execução. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
SILVA, Luciano Nascimento. *Manifesto abolicionista penal* (ensaio acerca da perda de legitimidade do sistema de justiça criminal).

Disponível na Internet: http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3556&p=3. Acesso em 24 mar. 2013.
TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios que regem a aplicação da pena*. Disponível em: http://www.cjf.gov.br/revista/numero7/artigo1.htm. Acesso em: 24 mar. 2013.
VAZ, Andréa. *Voltar ao crime é a maior 'opção' reservada para 85% dos detentos*. *Cinform*, Aracaju, 20 a 26 de agosto de 2007. Caderno 1, p.10.
WACQUANT, Löic. *As prisões da miséria*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001.
ZAFFARONI, Eugenio Raúl**.** *Em busca das penas perdidas*: a perda da legitimidade do sistema penal. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1991.
_____; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro*: primeiro volume, Teoria Geral do Direito Penal**.** Rio de Janeiro: Revan, 2003, 2. edição.

O DANO MORAL POR ABANDONO AFETIVO

Daniela Patrícia dos Santos Andrade*

RESUMO: O presente texto tem a intenção de estimular a análise acerca da existência do abalo emocional e do dano psíquico em crianças e adolescentes decorrente da escolha do genitor(a) em não exercer os deveres e atribuições estabelecidos pela legislação em relação ao seu filho. Com o estudo da questão, percebe-se que, desse abandono paterno, que juridicamente se apresenta como o descumprimento de um dever legal, a criança e o adolescente deixam de ter acesso a direitos, também elencados pela legislação, essenciais para o seu desenvolvimento como seres humanos. Preenchidos os requisitos da responsabilidade civil, essa conduta ilícita poderia gerar a possibilidade de reparação do dano.

PALAVRAS-CHAVE: Família. Pais e filhos. Direitos e deveres. Abandono. Cuidado. Responsabilidade. Reparação. Dano moral.

INTRODUÇÃO

É inerente à natureza humana o anseio de reagir a qualquer mal injusto cometido contra si, e essa realidade traduz a própria noção de justiça almejada por todo ser. Diante de uma ação que lhe cause prejuízo o homem sente a necessidade de reagir de maneira a ver compensado o seu dano. Na realidade, este sentimento existe em decorrência da ideia de que é preciso impor a todos o dever de responder por seus atos.

A Constituição Federal estabelece a possibilidade de reparação ao dano material e moral injustamente causado:

> Art.5º – Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos

* Bacharela em Direito, Pós-graduada em Direito Penal, em Direito Processual Penal e em Direito Civil, Técnica Judiciária do Tribunal de Justiça de Sergipe.

> seguintes: (...)
> V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além de indenização por dano material, moral ou à imagem;
> X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Apesar de consagrado pela doutrina e jurisprudência modernas, o dano moral passou por um longo e conturbado caminho para a sua efetivação no mundo jurídico. Da mesma maneira, muitas foram as dificuldades enfrentadas para a caracterização da pessoa jurídica como sujeito passível de sofrer dano moral.

Hoje enfrentamos questão acerca da existência de dano moral decorrente de relações familiares e da possibilidade de sua reparação. Para tanto, necessário se faz verificar a existência de direitos e deveres jurídicos, e não apenas morais, que decorram da relação de parentesco, bem como se o descumprimento de um desses deveres jurídicos poderia vir a ocasionar um dano moral, estritamente dele decorrente (nexo causal).

Infelizmente, tem se tornado cada vez mais comum a existência de famílias monoparentais, ou seja, formada apenas por um dos genitores e seus filhos, não se observando nessa constituição a participação, e porque não dizer "presença", do outro genitor na vida dos filhos. Esse retrato, em que pese "normal" em nossa sociedade, representa de forma explícita o descumprimento de deveres jurídicos, estabelecidos pela Constituição Federal e legislação infraconstitucional.

Ademais, a ausência paterna e/ou materna, em muitas das vezes, quiçá em sua totalidade, ocasionam consequências extremamente negativas para os filhos privados de seus direitos.

Este estudo, tendo por base a elaboração do Trabalho de Conclusão do Curso de Pós-graduação em Direito Civil pela Universidade Anhanguera – Uniderp, analisa a possibilidade de o descumprimento espontâneo do dever paterno de atenção, cuidado e carinho para com o filho poder gerar um dano de ordem moral para a criança e/ou adolescente e, em havendo dano, se é possível a fixação de indenização com fim de reparação.

1. O VÍNCULO JURÍDICO PATERNO-FILIAL

A existência do vínculo paterno-filial, em regra, decorre da junção dos seres humanos em agrupamentos. Como nos ensina Maria Berenice Dias:

> Vínculos afetivos não são uma prerrogativa da espécie humana. O acasalamento sempre existiu entre os seres vivos, seja em decorrência do instinto de perpetuação da espécie, seja pela verdadeira aversão que todas as pessoas têm à solidão. (DIAS, 2011, p.27)

Todavia, a família se apresenta cultural e socialmente de maneira muito mais ampla do que simplesmente "laços consanguíneos".

Atualmente, a família exibe estruturação multifacetada e exerce, indubitavelmente, forte carga de contribuição para o desenvolvimento psíquico e emocional de seus membros. Tanto é assim que o Estado tratou de estabelecer regras e normas que direcionem a sua formação e manutenção, sendo, inclusive, a família amplamente conhecida como a base da sociedade.

Observa-se com a Constituição Federal de 1988 a direta intervenção do Estado no direito privado, visando a proteção dos cidadãos, tal como requer um Estado Social Democrático. No que pertine ao conceito de família, o constituinte procedeu ao alargamento do conceito de seu conceito, desvinculando-o do casamento, anteriormente seu pré-requisito fundamental.

A união estável, adoção, família monoparental, paternidade responsável, planejamento familiar e convivência familiar foram alguns dos assuntos dispostos na Carta Magna no capítulo referente à família.

Para Maria Berenice Dias (2011), a Constituição Federal consagrou como fundamentais determinados valores sociais relacionados ao direito da família, elevando-os à categoria de princípios positivados constitucionalmente.

Nos artigos 226 e 227 da Carta Magna podemos encontrar alguns destes princípios:

> Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

> § 1º - O casamento é civil e gratuita a celebração.
> § 2º - O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.
> § 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.
> § 4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.
> § 5º - Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.
> § 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.
> § 7º - Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.
> § 8º - O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.
> Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Esses princípios apresentam-se tanto implícita quanto explicitamente no texto constitucional, dentre os quais podemos citar a dignidade da pessoa humana, a afetividade, a solidariedade familiar, a proteção integral à criança, adolescentes, jovens e idosos, a igualdade e o respeito.

De tais princípios decorrem consequências práticas de extrema importância prática no âmbito jurídico das relações. Em sendo consagrado o afeto como direito fundamental do ser humano, os vínculos familiares passam a ser observados sobre viés diverso da mera consanguinidade.

A igualdade entre filhos biológicos e filhos adotivos, a posse do estado de filho como consequência do vínculo afetivo existente e as diversas formas estruturais de família são reflexos da consagração do afeto como elemento basilar da família moderna.

Dentre todos os princípios constitucionais que se apresentam como vetores das demais regras e normas, a dignidade da pessoa humana poderia ser considerado o maior deles, sendo considera, inclusive, um meta ou superprincípio.

> Por isso mesmo, esta irradia valores e vetores de interpretação para todos os demais direitos fundamentais, exigindo que a figura humana receba sempre um tratamento moral condizente e igualitário, sempre tratando cada pessoa como fim em si mesma, nunca como meio (coisas) para satisfação de outros interesses ou de interesses de terceiros. (FERNANDES, 2013, p. 300).

Em assim sendo, os mais diversos direitos, como vida, liberdade, igualdade e propriedade, só encontram fundamento constitucional se norteados pela observância do princípio da dignidade humana. Tal fenômeno acarretou a ocorrência da chamada despatrimonialização dos institutos jurídicos, inclusive de direito civil, passando a pessoa humana a ser efetivamente o centro de proteção de direitos.

No mesmo sentido e tendo por base a mesma premissa de respeito ao ser humano e sua dignidade, o princípio da boa-fé objetiva, que inicialmente se desenvolveu relacionada a um contesto negocial, expandiu-se alcançando todas as relações existentes entre as pessoas, inclusive a relação familiar.

A boa-fé objetiva se apresenta como cláusula geral que impõe a todos o dever de respeito e lealdade no proceder visando não frustrar as expectativas geradas no outro sujeito em decorrência da confiança depositada. Exigindo-se um comportamento coerente e ético dos sujeitos em suas diversas relações busca-se não criar expectativas ou esperanças

no outro ser.

Esse princípio também deve ser observado no direito de família, pois é no âmbito familiar, com maior propriedade, que a confiança e expectativas decorrentes do vínculo acabam por constituir-se em afeto.

É exatamente nesse contexto que a relação paterno-filial se apresenta nos dias atuais. Distante de abranger apenas uma obrigação patrimonial, a paternidade gera responsabilidades diversas, e, de certa maneira, mais amplas e profundas.

2. DIREITOS E DEVERES DECORRENTES DA RELAÇÃO PATERNA

Num passado próximo, o direito do filho era colocado em segundo plano para priorizar a relação entre os cônjuges. O Código Civil de 1916, bem como a Lei do Divórcio, analisava a questão da guarda dos filhos havidos do casamento sob o prisma da premiação do cônjuge inocente e punição do culpado pela separação do casal. O melhor interesse da criança e do adolescente não eram considerados.

Com a Constituição federal de 1988 e seus princípios fundamentais houve mudança de paradigma. A igualdade de direitos entre homens e mulheres baniu as formas de discriminações anteriormente existentes na legislação. Da mesma forma, o princípio da prioridade absoluta do interesse da criança e do adolescente alterou a forma como a sociedade e o Estado, incluindo o Judiciário, deveriam tratar questões que envolvem interesse dessas pessoas.

O art. 227 da Constituição Federal estabelece que:

> Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Em 1990, com a entrada em vigor do Estatuto da Criança e do

Adolescente, mais um importante passo foi dado para a concretização dos direitos das crianças e adolescentes estabelecidos pela Carta Maior. Essas pessoas foram consideradas sujeito de direitos, possuindo expressamente diversas garantias e prerrogativas:

> Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.
>
> Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Contudo, para concretização de direitos se faz necessário o estabelecimento de deveres. Nesse contexto, tanto a Constituição Federal quanto o Estatuto da Criança e do Adolescente elencam como responsáveis para dar efetividade a esses direitos e garantias: o Estado, a sociedade e a família.

No que diz respeito à família, a obrigação se consuma, *prima facie,* através do poder familiar exercido pelos pais. O Código Civil de 2002 dispõe que os filhos menores são sujeitos ao poder familiar de seus pais, o que exige daqueles obediência e respeito em relação a estes. Por outro lado, o exercício do poder familiar acarreta diversas obrigações dos pais para com os filhos, tais como dirigir-lhes a criação e educação (art. 1.634, I) e tê-los em sua companhia e guarda (art. 1.634, II).

Como visto anteriormente, o ECA também apresenta explicitamente obrigações dos pais visando assegurar a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Esses encargos competem a ambos os pais independentemente da

existência de casamento ou união estável entre eles, e independentemente de quem esteja com a guarda dos filhos. Nos casos de guarda unilateral, o outro genitor mantém o seu poder familiar, ficando limitado apenas o direito de ter os filhos em sua companhia, sendo-lhe assegurado, todavia, o direito de visitas.

Assim, o direito de visitas não se apresenta exclusivamente como um direito e faculdade do genitor, mas um dever deste para com o filho que tem o direito de conviver com seus pais. A ausência desse convívio acarreta o rompimento do vínculo afetivo e pode ocasionar fortes e negativas sequelas psicológicas na criança e no adolescente.

Constata-se que os deveres dos pais extrapolam a órbita patrimonial, abrangendo esfera da personalidade humana, muito mais ampla e profunda do ser.

3. REQUISITOS ESSENCIAIS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

A reponsabilidade civil visa proteger as atitudes lícitas, reprimindo as ações ou omissões ilícitas das pessoas. Isso ocorre em virtude do estabelecimento de deveres legais a serem observados por determinadas pessoas, nos termos da legislação que dispôs sobre estas obrigações. Esse dever jurídico se apresenta como uma exigência necessária à convivência social.

Para Sérgio Carvalieri Filho (2010), os pressupostos da responsabilidade civil subjetiva compreenderiam, como elemento formal, a violação voluntária de um dever jurídico; como elemento subjetivo, a existência de dolo ou culpa; e como elemento causal-material, que seria o dano e o nexo causal existente entre ele e a conduta do agente.

Esses elementos estão dispostos no art. 186 do Código Civil de 2002: "Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito". Segundo o art. 187 do mesmo diploma legal, "também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes".

Carvalieri Filho conceitua conduta como "o comportamento humano voluntário que se exterioriza através de uma ação ou omissão, produzindo consequências jurídicas" (FILHO, 2010, p. 24). Assim, a conduta humana

voluntária se apresenta como o elemento primário de todo ato ilícito.

Em seu estudo, Rui Stoco nos afirma que "a omissão é uma conduta negativa. Surge porque alguém não realizou determinada ação. A sua essência está propriamente em não se ter agido de determinada forma" (STOCO, 2004, p.131).

Em se tratando de responsabilidade subjetiva, a culpa se apresenta como elemento essencial. Em regra, esta é a responsabilidade aplicada para os diversos casos de ilicitude que venham a ocorrer na realidade fática. A responsabilidade objetiva, também prevista no Código Civil, em que se dispensa a comprovação de culpa do agente, deverá ser observada nos casos e situações explicitamente estabelecidas pela legislação, constituindo-se regras específicas.

Já o nexo causal é, justamente, o elo entre a conduta voluntária e o dano ocorrido. Não basta que o agente proceda de forma diversa do dever jurídico estabelecido, bem como não é suficiente que a vítima sofra um dano. Para a caracterização do dever de indenizar se faz mister a verificação da relação de causalidade entre a ação ou omissão ilícita e o dano.

Observa-se, entretanto, que nem todo dano gerará obrigatoriamente a necessidade de reparação, tendo em vista a exigência de ser ilícita a ação ou omissão que ocasionou o referido prejuízo. Seguindo o mesmo raciocínio, nem toda conduta ilícita obrigatoriamente terá como consequência um dano, não sendo o direito à indenização automaticamente decorrente de toda e qualquer ação ou omissão ilícita.

Portanto, extremamente necessária a análise dos pressupostos essenciais à caracterização da responsabilidade e consequentemente do direito à indenização.

Ademais, a própria legislação prevê situações em que, embora cause dano a outrem, a conduta humana não viola o dever jurídico, sendo considerada lícita esta conduta. São as causas excludentes de ilicitude.

> Art. 188. Não constituem atos ilícitos:
> I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido;
> II - a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente.
> Parágrafo único. No caso do inciso II, o ato será legítimo somente quando as circunstâncias o

> tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo.

Deve ser ressaltada, ainda, que a ocorrência de determinadas situações podem vir a ocasionar o rompimento do nexo de causalidade, descaracterizando, assim, a responsabilidade do agente. Essas circunstâncias deverão ser analisadas caso a caso, sendo consagrada, porém, na doutrina e jurisprudência, o caso fortuito e a força maior.

4. DANO MORAL AFETIVO E SUA REPARAÇÃO

Como visto anteriormente, a Carta Magna consagrou a dignidade humana como um dos fundamentos basilares do nosso Estado, passando a dignidade a ser o alicerce de todos os demais valores e a essência de todos os direitos personalíssimos. Desta forma, a honra, o nome, a intimidade, a liberdade, a privacidade, o respeito são direitos do direito constitucional à dignidade inerente a todo ser humano.

Como é sabido, existem danos que ultrapassam a esfera patrimonial ou, simplesmente, não a alcançam. Existem condutas que ocasionam danos que acarretam prejuízos diversos, não patrimoniais.

"Dano moral é o prejuízo que afeta o ânimo psíquico, moral e intelectual da vítima. Nesse campo, o prejuízo transita pelo imponderável [...]" (VENOSA, 2003, p. 33).

Durante muito tempo foi defendida a exclusividade da pessoa física como vítima de um dano moral. Entendia-se que para tal ocorrência fazia-se mister a pessoalidade, pois a lesão afetaria, necessariamente, a integridade psíquica do ser humano, atingindo a razão da esfera subjetiva ou do plano valorativo da pessoa na sociedade, alcançando aspectos íntimos da personalidade humana ou da própria valoração da pessoa no meio em que vive e atua.

O Superior Tribunal de Justiça consolidou a ampliação do polo ativo nas ações de indenização por danos morais, afirmando não possuir a pessoa física o monopólio do direito de reparação desse tipo de lesão. O Ilustre Ministro Ruy Rosado de Aguiar, no Recurso Especial nº 60.033-2MG, estabeleceu que:

> (...) a pessoa jurídica, criação da ordem legal, não

> tem capacidade de sentir emoção dor, estando por isso desprovida de honra subjetiva e imune à injúria. Pode parecer, porém, ataque à honra objetiva, pois goza de uma reputação junto a terceiros, passível de ficar abalada por atos que afetam o seu bom nome no mundo cível ou comercial onde atua (...)

Consagrou-se, assim, a ampliação da tutela dos valores morais, agora não mais restritos aos indivíduos (pessoas físicas), pois outros entes possuem valores morais próprios que merecem proteção e em sendo lesados devem ser reparados.

Hoje, dentre as diversas discussões sobre a temática, uma delas gira em torno da existência ou não de dano moral decorrente de relações familiares, especificamente do abandono afetivo de um dos pais para com os filhos, bem como da possibilidade de sua reparação em forma de indenização.

Como nos orienta Carvalieri Filho:

> Mesmo nas *relações familiares* podem ocorrer situações que ensejam indenização por dano moral. Pais e filhos, marido e mulher na constância do casamento, não perdem o direito à intimidade, à privacidade, à autoestima, e outros valores que integram a dignidade. Pelo contrário, a vida comum, reforçada por relações íntimas, cria o que tem sido chamado de **moral conjugal** ou **honra familiar**, que se materializa nos deveres de sinceridade, de tolerância, de velar pela própria honra do outro cônjuge e da família.

Assim, constata-se ser a dignidade o fundamento central dos direitos humanos como um todo, devendo ser protegida em todas as relações humanas, inclusive as familiares, e, quando violadas, sujeitas à devida reparação.

No que diz respeito ao abandono afetivo por parte de um dos pais, deve ser observado que tal conduta constitui ato ilícito, senão vejamos. O Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe:

> Art. 5º Nenhuma criança ou adolescente será objeto

> de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais. [...]
> Art. 7º A criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência. [...]
> Art. 19. Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes.

Restam evidente os direitos inerentes a toda criança e adolescente, que acabam por constituírem-se deveres jurídicos de seus pais. Tanto a Constituição Federal, em seu art. 227, quanto o Estatuto da Criança e do Adolescente estabeleceram o princípio da proteção integral, colocando essas pessoas a salvo de toda e qualquer forma de negligência, sendo necessária, por sua vez, a atuação da família, da sociedade e do Estado visando a efetivação desses direitos.

É exatamente com essa finalidade que se apresenta a possibilidade de reparação do dano moral decorrente do abandono afetivo.

É sabido que negligência de um dos pais no que pertine ao cuidado e atenção dispensados ao filho acarretam a perda do poder familiar, como dispões o art. 1.638, inciso II do Código Civil.

Entretanto, deve ser observado que esta punição não basta para o genitor negligente, tendo em vista que, em muitos casos, ela se apresenta como uma bonificação, tornando juridicamente amparada a situação fática por ele almejada.

Ademais, esta "solução" não observa o melhor interesse da criança e do adolescente, nem o coloca em situação de prioridade absoluta como preceitua a Constituição Federal e a legislação infraconstitucional pertinente.

Da mesma maneira, pune o genitor responsável que acaba por ter que assumir todas as obrigações e ônus que deveriam ser suportadas por

ambos os genitores.

Necessário se faz ressaltar que, conforme já analisado, a afetividade representa o alicerce da relação familiar, sendo este sentimento essencial para o desenvolvimento do ser humano, principalmente na fase da infância e adolescência quando o indivíduo se encontra em fase formação psíquica-moral.

Assim, entende a doutrina, como nos ensina Maria Berenice Dias:

> O conceito atual de família, centrada no afeto como elemento agregador, exige dos pais o dever de criar e educar os filhos sem lhes omitir o carinho necessário para a formação plena de sua personalidade. A grande evolução das ciências que estudam o psiquismo humano veio a escancarar a decisiva influência do contexto familiar para o desenvolvimento da pessoa em formação. (DIAS, 2011, p. 460)

Em que pese se saiba que as relações familiares se consolidam em razão do afeto – amor, a indenização por abandono afetivo não se fundamenta na simples negativa de "fornecimento" de amor, mas no descumprimento do dever jurídico de cuidado e convivência.

> Não se podendo mais ignorar essa realidade, passou-se a falar em paternidade responsável. Assim, a convivência dos filhos com os pais não é direito, é dever. Não há direito de visitá-lo, há obrigação de conviver com ele. O distanciamento entre pais e filhos produz sequelas de ordem emocional e pode comprometer o seu sadio desenvolvimento. O sentimento de dor e de abandono pode deixar reflexos permanentes em sua vida. (DIAS, 2011, p.460)

Em recente julgado do Supremo Tribunal Federal, Recurso Especial nº 1.159.242-SP (2009/0193701-9), a Excelentíssima Ministra Relatora Nancy Andrighi expôs com clareza e precisão esta nuance.

Segundo a Ministra, o "básico" ao desenvolvimento do ser humano não se restringe a questões meramente materiais, como alimento, abrigo e

saúde, mas são extremamente necessários elementos de ordem imaterial, como educação, lazer, regras de conduta, incluindo-se nesse contexto também o desvelo, atenção, convívio e cuidado.

Em sua decisão a Ministra afirma:

> "Vê-se hoje nas normas constitucionais a máxima amplitude possível e, em paralelo, a cristalização, no âmbito científico, do que já era empiricamente percebido: **o cuidado é fundamental para a formação do menor e do adolescente**; ganha o debate contornos mais técnicos, **pois não se discute mais a mensuração do intangível – o amor – mas, sim, a verificação do cumprimento, descumprimento, ou parcial cumprimento, de uma obrigação legal: cuidar.**
> [...]
> **Aqui não se fala ou se discute o amar e, sim, a imposição biológica e legal de cuidar, que é dever jurídico, corolário da liberdade das pessoas de gerarem ou adotarem filhos.**
> [...]
> **Em suma, amar é faculdade, cuidar é dever."**

Em assim sendo, explícita está a ilicitude da conduta configurada na omissão do dever legal de cuidado e convívio inerente ao pátrio poder e à condição de pais.

Evidente, por outro lado, que para a configuração da responsabilidade e do dever de indenizar, faz-se necessário o preenchimento dos requisitos legais: ato ilícito, culpa, dano e nexo causal.

Esses requisitos deverão ser analisados caso a caso, de acordo com a realidade fática, como habitualmente ocorre em quaisquer ações que busquem a reparação de dano. Comprovados os requisitos e não havendo excludentes de ilicitude, configurada estará a responsabilidade civil pelo abandono afetivo.

CONCLUSÃO

A consolidação jurídico-social acerca da ilicitude do abandono afetivo dos pais para com os filhos representa um grande avanço na proteção

dos direitos fundamentais do ser humano, especialmente no que pertine a sua dignidade.

Não é possível que, em um Estado Social de Direito que elege a dignidade da pessoa humana como princípio basilar e norteador de todas as demais normas e regras jurídicas e sociais, se observe como "normais e corriqueiras" situações de abandono, desrespeito e descaso a crianças e jovens por aqueles que deveriam ser os impulsionadores de sua formação e desenvolvimento psíquico, emocional, educacional e social.

A possibilidade de fixação de indenização como reparação pelo dano moral decorrente do abandono afetivo, além de minimizar de alguma maneira o mal causado pelo dano, irá efetivamente punir o ofensor, bem como servir de "alerta" social para a necessidade de cumprimento das obrigações jurídicas estabelecidas pela lei.

Maria Berenice Dias sintetiza de forma brilhante a questão:

> Desta forma, o **dano à dignidade** humana do filho em estágio de formação deve ser passível de reparação material, não apenas para que os deveres parentais deliberadamente omitidos não fiquem impunes, mas, principalmente, para que, no futuro, qualquer inclinação ao irresponsável abandono possa ser dissuadida pela firme posição do Judiciário, ao mostrar que o afeto tem um preço muito alto na nova configuração familiar. (DIAS, 2011. P. 462)

THE MORAL DAMAGES FOR AFFECTIVE ABANDONMENT

ABSTRACT: This paper is intended to stimulate the review about the existence of emotional upheaval and psychological harm in children and adolescents due to the choice of the parent not to exercise the duties and responsibilities established by law in relation to their child. With the study of the matter, it is clear that this abandonment paternal and / or maternal, which legally is presented as the breach of a legal duty, children and adolescents no longer have access to rights, also listed by law, essential for their development as human beings. Satisfy the conditions of liability, the illegal conduct could generate the need to repair the damage.

KEYWORDS: Family. Parents and children. Rights and duties. Abandonment. Caution. Responsibility. Repair. Moral injury.

REFERÊNCIAS

CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. Salvador: Jus Podivm, 2013.
FILHO, Sérgio Carvalieri. *Programa de responsabilidade civil*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010.
MORAIS, Alexandre de Morais. *Direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 1999.
SILVA, José Afonso da *Direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
STOCO, Rui. *Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
PEDROTTI, Irineu Antônio. *Compêndio de responsabilidade*. São Paulo: Universidade de Direito, 1992.
TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito civil: direito de família*. 5. ed. São Paulo: Método, 2010.
VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: responsabilidade civil*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

A MULTA COMINATÓRIA (*ASTREINTES*) NO PROCESSO EXECUTIVO: APLICABILIDADE E EXECUTORIEDADE ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO DA DECISÃO DE MÉRITO

Phillip André Almeida Pires da Silva[*]

RESUMO: As multas pelo descumprimento de ordem judicial, também chamadas *astreintes*, fixadas no curso das ações judiciais que objetivam uma prestação a ser cumprida em favor do titular de um direito, com a repressão imediata do ilícito, representa importante medida de apoio disponível ao magistrado para compelir o demandado a cumprir as decisões judiciais. A aplicação do instituto de origem francesa à prática forense brasileira fez surgir inúmeros debates, ante a falta de previsão legislativa em situações peculiares do processo civil executivo, exigindo-se dos intérpretes soluções que se amoldem ao sistema vigente. Uma delas diz respeito à possibilidade de execução provisória das *astreintes* antes do trânsito em julgado da decisão de mérito, fixadas em tutela antecipada ou na própria sentença. O presente trabalho tem por escopo traçar um breve panorama acerca do instituto das *astreintes* no processo executivo, com o estudo do seu conceito, natureza jurídica, finalidade e aplicabilidade, vistos sob a ótica do Código de Processo Civil Brasileiro atual. Quanto ao momento de exigibilidade da multa, além da legislação, o estudo destaca as principais correntes doutrinárias e o recente entendimento do Superior Tribunal de Justiça que definiu, através do Informativo nº 511, uma corrente intermediária sobre o tema. O conteúdo foi elaborado a partir da leitura das obras de alguns dos principais doutrinadores brasileiros e de artigos científicos sobre o tema. Pretende-se demonstrar a possibilidade de ocorrência da execução provisória das *astreintes*, desde que atendidos certos requisitos definidos pela doutrina e jurisprudência, também previstos no próprio Código de Processo Civil.

PALAVRAS-CHAVE: *Astreintes*. Execução. Multa. Sentença.

[*] Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela Faculdade Estácio de Sergipe – FASE. Bacharel em Direito pela Universidade Tiradentes de Sergipe – UNIT. Técnico Judiciário do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe – TJSE. E-mail: phillip.andre@oi.com.br.

1. INTRODUÇÃO

No panorama das vias executivas, há sentenças que trazem em si todo o efeito esperado do provimento jurisdicional, dispensando-se atos posteriores para a efetivação do bem da vida almejado pelo autor em juízo. É o caso, em regra, das sentenças declaratórias e constitutivas. No entanto, existem sentenças que, embora definam a situação jurídica entre as partes diante de uma violação de direito, determinam ainda uma prestação a ser cumprida em favor do titular, classificadas como condenatórias (THEODORO JÚNIOR, 2008, p. 19).

Segundo o Código de Processo Civil vigente (Lei nº 5.869/1973), em seu Capítulo X, com o título Do Cumprimento da Sentença, acrescentado pela Lei nº 11.232/2005, para o cumprimento das sentenças condenatórias, estabelece o seu art. 475-I que se procederá conforme disposto nos arts. 461 e 461-A, no tocante às obrigações de fazer, não fazer e obrigações de entrega de coisa, e, ainda, de acordo com os arts. 475-I a 475-R, tratando-se de obrigações por quantia certa.

As obrigações são prestações às quais o devedor se vincula a cumpri-las em favor do credor, sejam positivas (um fazer), caracterizadas por uma ação (construir uma casa ou demolir um prédio, por exemplo), ou negativas, quando cumpridas através de uma abstenção da prática do ato (um *non facere*), citando como exemplos a não construção de um muro ou não realização de um espetáculo. São fungíveis caso possam ser cumpridas indistintamente pelo devedor ou qualquer pessoa ou infungíveis se apenas cumpridas pessoalmente pelo devedor (obrigações personalíssimas), como a pintura de um quadro por um grande artista (THEODORO JÚNIOR, 2008, p. 25).

As obrigações de entrega de coisa certa ou incerta, móvel ou imóvel, quando garantidas por um título executivo judicial, implicam na entrega voluntária do bem em litígio, em prazo fixado na sentença, sob pena de aplicação pelo magistrado das medidas de apoio, como a expedição do mandado de imissão na posse, se bem imóvel, ou de busca e apreensão, se bem imóvel (MONTENEGRO FILHO, 2012, p. 348).

Sobre as medidas de apoio, Theodoro Júnior (2008, p. 29) ensina que são expedientes utilizados para compelir o devedor a realizar a prestação devida ou a facilitar a atividade jurisdicional satisfativa desenvolvida pelos órgãos executivos por sub-rogação.

2. MULTA COMINATÓRIA (*ASTREINTE*): NOÇÕES GERAIS

O Código de Processo Civil elenca em seu art. 461, § 5º, um rol exemplificativo das medidas de apoio utilizáveis para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, nos seguintes termos:

> Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.
> …..
> .....
> § 5º Para efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como **a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial** [grifo nosso].

O instituto processual a ser examinado constitui uma das principais formas de execução indireta, onde o Estado Juiz pode promovê-la com a colaboração do executado, forçando a que ele próprio cumpra a prestação devida. A multa por tempo de atraso, também chamada *astreinte*, originada do direito francês, não tem por finalidade o enriquecimento do credor, mas agravar a pressão psicológica incidente sobre a vontade do sujeito, mostrando-lhe o dilema entre cumprir voluntariamente o comando contido no direito e sofrer os males que ela representa (DINAMARCO, 2002, p. 110).

Segundo Câmara (2010, p. 256), a *astreinte* pode ser caracterizada como uma multa periódica, imposta pelo juiz em função da demora no cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, com o principal objetivo de pressionar psicologicamente o devedor a cumprir com a sua prestação.

No entanto, sinaliza Theodoro Júnior (2008, p. 44) que "a multa,

outrora, específica das obrigações de fazer e não fazer, passou a ser medida de coerção executiva aplicável também às prestações de entrega de coisa", conforme previsão do § 3º do art. 461-A, do Código de Processo Civil, com a redação dada pela Lei nº 10.444, de 07/05/2002, que determina a aplicação das regras dos §§ 1º a 6º do art. 461, com destaque para os §§ 4º e 6º:

> § 4º O juiz poderá, na hipótese do parágrafo anterior ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito.
> .....
> .....
> 6º O juiz poderá, de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva.

A aplicação da *astreinte*, conforme previsão no § 4º do art. 461 citado acima, é cabível em sede de antecipação de tutela, submetendo-se aos requisitos gerais previstos no art. 273 para a sua concessão, revestindo-se também de provisoriedade, fundamentação da decisão que a concede e recorribilidade (WAMBIER; TALAMINI, 2010, p. 387). O § 3º do art. 461 do Código de Processo Civil estatui que:

> § 3º Sendo revelante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia, citado o réu. A medida liminar poderá ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

Quanto à natureza jurídica da *astreinte*, a doutrina é divergente. Alvim (1997, p. 114) considera que a *astreinte* possui uma função punitiva ou sancionatória, com eficácia moralizadora, servindo de instrumento de proteção da dignidade da justiça. É resultado mais de um atraso no cumprimento de um mandamento judicial do que de um atraso no cumprimento de uma obrigação, operando-se, portanto, como uma

punição, um castigo em razão da desobediência.

Para Montenegro Filho (2012, p. 350) a multa também possui natureza sancionatória, conforme adiante:

> A multa pelo não cumprimento da obrigação de dar não exclui a condenação do vencido recalcitrante ao pagamento de indenização por perdas e danos, considerando que as penalidades apresentam naturezas distintas, sendo a primeira revestida da natureza de *sanção*, enquanto a segunda assume índole *reparatória*. A sanção tem incidência diária, acumulando-se até o momento em que a obrigação for adimplida pelo devedor, ou que o credor preferir transformar a execução específica (de dar, de fazer ou de não fazer) em perdas e danos, não se autorizando seja o seu valor desproporcional, o que não significa dizer que não possa ser superior ao valor da obrigação [grifos do autor].

O autor citado acima faz referência aos §§ 1º e 2º do art. 461 do Código de Processo Civil, a seguir transcrito:

> § 1º A obrigação somente se converterá em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente.
> § 2º A indenização por perdas e danos dar-se-á sem prejuízo da multa (art. 287).

Para Moreira (2000, p. 218), a *astreinte* é um meio de coação, eis que visa a atingir o adimplemento da prestação com a colaboração do obrigado, a fim de evitar males maiores. Atua sobre a vontade deste, sem dispensá-lo, constrangendo-o a cumprir a sua obrigação, pois a natureza a que se visa adimplir (obrigação de fazer, não fazer ou entregar) não admite execução forçada.

Nesse mesmo sentido, Bueno (2008, p. 415) ainda completa que:

> A multa não tem caráter compensatório, indenizatório ou sancionatório. Muito diferentemente, sua natureza jurídica repousa no

> caráter intimidatório, para conseguir, do próprio réu (executado), o específico comportamento (ou abstenção) pretendido pelo autor (exequente) e determinado pelo magistrado. É, pois, medida coercitiva (cominatória). A multa deve agir no ânimo do obrigado e influenciá-lo a fazer ou a não fazer a obrigação que assumiu.

As *astreintes* diferenciam-se da indenização por perdas e danos, uma vez que esta tem a função de reparar um dano causado pelo não cumprimento de uma obrigação, enquanto aquelas têm por finalidade constranger o devedor a realizar a prestação devida (CÂMARA, 2010, p. 256).

Para Theodoro Júnior (2008, p. 30-31), a multa não integra o patrimônio do credor, ou seja, "trata-se de medida judicial coercitiva, utilizada para assegurar efetividade à execução. Interessa muito mais ao órgão judicial do que ao credor, o que lhe atribui o caráter de providência de ordem pública".

Amaral (2004, p. 57) considera que a aplicação da *astreinte* pelo juiz não é um instrumento em prol da dignidade da justiça, eis que não é medida cabível a todas as obrigações, importando somente ao credor, e não ao Estado, executar a multa incidente, ainda que esta não mais subsista, caso fixada em decisão interlocutória posteriormente descumprida, venha a ser reformada, não havendo cogitar-se em restituição dos valores.

E completa o mesmo autor:

> […] A dignidade do Poder Judiciário não depende das astreintes. O Poder Judiciário é digno por si só, e há outras ferramentas, essas sim destinadas a assegurar que essa dignidade seja respeitada, que é o instituto do *content of cord*, de grande utilização no Direito norte-americano, e que no Brasil foi na verdade diminuído, encolhido, no art. 14, parágrafo único, do Código de Processo Civil, que já havia, no art. 600 do Código de Processo Civil, nos casos da execução. Temos as astreintes de natureza coercitiva e temos o *content of cord*, a multa aplicada àquele que impõe resistência injustificada às ordens do Juiz. As astreintes são revertidas para o autor da

> ação, dependem da execução promovida pelo autor da ação. A multa aplicada no art. 14, parágrafo único, do CPC é inscrita em dívida ativa da União ou dos Estados (AMARAL, 2004, p. 155).

Para a fixação do *quantum* da *astreinte*, o juiz levará em consideração alguns parâmetros relacionados à suficiência e compatibilidade da multa com a obrigação, bem como a situação econômica do réu, de forma que tal valor influa no comportamento deste. Portanto, a fixação do montante não é ato discricionário do juiz e poderá ser revisto de ofício ou pelo grau de jurisdição superior, desde que verificado que se tornou insuficiente para induzir o réu ou excessivo (WAMBIER; TALAMINI, 2010, p. 387-388).

Quanto ao termo inicial para a incidência da multa, estatui o art. 461, § 4º, do CPC que o juiz estabelecerá "prazo razoável para o cumprimento do preceito". A multa diária passa a incidir uma vez decorrido o prazo concedido para o cumprimento do preceito, contado a partir da intimação pessoal do devedor, conforme entendimento da Súmula 410 do Superior Tribunal de Justiça.

O lapso temporal para cumprimento da decisão poderá, conforme o caso concreto, ser inferior ou superior a dia, ou ainda uma multa fixa, nos casos em que a violação do comando judicial se exaure em um único momento (AMARAL, 2010, p. 142). O artigo 461, § 4º, do CPC utiliza a expressão "impor multa diária ao réu". Com a alteração dada pela Lei nº 10.444/2002, o art. 461, § 5º, menciona "multa por tempo de atraso".

A incidência da multa, por fim, ocorre com o decurso do prazo fixado para o cumprimento do preceito ou não ocorrendo pronta obediência quando exigido o cumprimento imediato (TALAMINI, 2003, p. 253).

Por outro lado, a cessação da incidência da multa, ou seja, o seu termo final, ocorrerá quando o devedor não mais puder cumprir a obrigação fixada (cumprimento específico), seja pelo não atendimento ao comando judicial e/ou pela sua posterior inviabilidade jurídica ou material. O caráter coercitivo e acessório da multa desaparece, eis que apenas há sentido na permanência da *astreinte* enquanto houver obrigação a ser cumprida pelo réu e enquanto por este ela puder ser cumprida (AMARAL, 2010, p. 148).

Verificada a impossibilidade de cumprimento específico da obrigação pelo réu, fica o juiz autorizado a cessar a multa, de ofício, independentemente de pedido do autor. Entretanto, se o resultado

específico ainda puder ser cumprido, a obrigação somente se converterá em perdas e danos se o autor o requerer, tudo conforme o art. 461 e §§ 1º e 4º, do Código de Processo Civil.

3. MOMENTO DE EXIGIBILIDADE DA *ASTREINTE*

Questão ainda controvertida na doutrina é identificar a partir de qual momento a multa torna-se exigível, ou seja, podendo ser cobrada executivamente. Para Wambier e Talamini (2010, p. 389), a exigibilidade da multa ocorre com a eficácia da decisão que a impôs, ou seja, quando não mais sujeita a recurso com efeito suspensivo. Nesse caso, será provisória a execução enquanto pendente recurso sobre a decisão que a fixou.

E ainda advertem:

> Alguns autores têm sustentado que a multa se tornará exigível com a preclusão da decisão que a estabeleceu (com a não interposição de agravo ou com a decisão final em grau de recurso, que pode chegar ao extraordinário, no caso da antecipação de tutela; ou com a não interposição de apelação ou até a decisão final desta, em caso de sentença) (WAMBIER; TALAMINI, 2010, p. 389).

Para Theodoro Júnior (2008, p. 32), para se exigir o pagamento "não basta contar com a decisão judicial que cominou a sanção. É preciso comprovação, também, da mora do devedor. A exigência só se torna possível diante de uma efetiva liquidação da pena [...]"

E completa que o juiz:

> [...] Pode fixar o *dies a quo* para sua incidência, antes de julgar o mérito da causa (medida antecipatória), ou depois da condenação definitiva (sentença final). Mas, a jurisprudência pondera que a cobrança, em regra, deve acontecer após o trânsito em julgado, ou a partir de quando seja possível a execução provisória. Exige-se, portanto, que haja um procedimento de execução da prestação principal

> para, então, definir-se o efetivo inadimplemento e, por conseguinte, configurar-se a incursão na pena coercitiva da *astreinte* [grifos no original].

Para Arenhart e Marinoni (2007, p. 80):

> A multa produz efeitos desde o momento em que a decisão e a sentença produzirem efeitos. Isto quer dizer que, se a multa é fixada para dar efetividade à tutela antecipatória (art. 273 do CPC), os seus efeitos são imediatos, já que a decisão que concede tutela antecipatória igualmente produz efeitos imediatamente. A sentença, quando não produz efeitos imediatos – o que é regra no sistema do Código de Processo Civil, conforme o art. 520 do CPC –, não permite que a multa a ela agregada também produza efeitos imediatos. A multa fixada em sentença somente produz efeitos imediatos quando o recurso de apelação é recebido no efeito apenas devolutivo, permitindo, assim, que a sentença e, por consequência, a multa, tenham efeitos imediatos. [...]. Os recursos especial e extraordinário não são recebidos no efeito suspensivo, o que faz com que a multa produza efeitos na sua pendência (art. 542, § 2º, do CPC). Tais efeitos serão suspensos se a tais recursos forem atribuídos efeitos suspensivos.

Nesse passo, diante das variadas correntes doutrinárias, grande parte defende a tese de que a exigibilidade da *astreinte* seja possível somente após o trânsito em julgado da decisão que acerta o direito relativo à obrigação principal, impossibilitando ao credor, antes dessa definição, promover a execução provisória, eis que a decisão que deferiu a tutela antecipada poderá ser revogada, e, ainda, a multa nela fixada. Mesmo diante de uma preclusão da decisão antecipatória, não seria possível exigir o valor das *astreintes* antes do trânsito em julgado da sentença mandamental (DINAMARCO, 2003, p. 240).

Justifica o mesmo autor:

> […] Não seria legítimo impor ao vencido o efetivo desembolso do valor das multas enquanto ele, havendo recorribilidade, ainda pode ser eximido de cumprir a obrigação principal e, consequentemente, também de pagar pelo atraso. Isso significa que, entre o começo da desobediência (não cumprimento do prazo estabelecido) e o trânsito em julgado da sentença mandamental, acumular-se-ão valores devidos a título de multa, para que só a final a soma de todos eles possa ser cobrada. (DINAMARCO, 2004, p.474)

4. A EXECUÇÃO PROVISÓRIA PELO CREDOR DAS DECISÕES QUE ARBITRAM *ASTREINTES* AO DEVEDOR PELO NÃO CUMPRIMENTO DAS ANTECIPAÇÕES DE TUTELA

A tutela antecipada consiste numa prestação satisfativa em favor do autor, a fim de que este obtenha uma resposta judicial antes da prolação da sentença, desde que atendidos certos requisitos, nos termos do art. 273 do Código de Processo Civil:

> Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo **prova inequívoca**, se convença **da verossimilhança da alegação e:**
> I – haja **fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação**; ou
> II – fique caracterizado o **abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu** [grifo nosso].

Sobre a antecipação de tutela no processo de execução, entende-se que a multa fixada em decisão antecipatória seria exigível de imediato, eis que o agravo, em regra, não possui efeito suspensivo, a menos que lhe seja atribuído nos termos dos arts. 522, *caput*, 527, III e 558, *caput*, todos do Código de Processo Civil:

> Art. 522. Das decisões interlocutórias caberá agravo, no prazo de 10 (dez) dias, na forma retida,

> **salvo quando se tratar de decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação**, bem como nos casos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida, **quando será admitida a sua interposição por instrumento**.
>
> .....
>
> Art. 527. Art. 527. Recebido o agravo de instrumento no tribunal, e distribuído incontinenti, o relator:
>
> .....
>
> III - **poderá atribuir efeito suspensivo ao recurso (art. 558)**, ou deferir, em antecipação de tutela, total ou parcialmente, a pretensão recursal, comunicando ao juiz sua decisão;
>
> .....
>
> Art. 558. **O relator poderá, a requerimento do agravante**, nos casos de prisão civil, adjudicação, remição de bens, **levantamento de dinheiro sem caução idônea e em outros casos dos quais possa resultar lesão grave e de difícil reparação, sendo relevante a fundamentação, suspender o cumprimento da decisão até o pronunciamento definitivo da turma ou câmara** [grifo nosso].

Para Fux (2006, p. 153), a multa pelo descumprimento da tutela antecipada poderá ser executada imediatamente, ainda que pendente o processo com inexistência de tutela final, eis que a multa está vinculada ao provimento antecipatório, decorrente da não obediência ao comando nele contido.

Para aqueles que defendem o entendimento acima, o instituto da *astreinte* não possui natureza material, mas sim processual, pois tem o objetivo único de forçar o devedor a cumprir a decisão judicial que determinou a prestação de uma obrigação específica, pois pensar diferente, ou seja, a cobrança somente após o trânsito em julgado da sentença, seria tornar inócua sua função coercitiva frente às demais medidas de sub-rogação para execução específica, cuja aplicação imediata não se discute, como por exemplo a busca e apreensão e remoção de

pessoas ou coisas. A não possibilidade da execução provisória das *astreintes* permitirá ao executado continuar descumprindo o comando judicial até pronunciamento definitivo (BRANCO, 2008, p. 294-295).

Ainda que admissível pela parte autora a possibilidade de execução provisória da decisão que impôs as *astreintes* ao réu, adverte Assis (2007, p. 566-567) sobre a possibilidade do julgamento com mérito dar-se em favor do executado, eximindo-o, consequentemente, da exigibilidade da multa cominatória:

> […] é preciso explicitar que, fluindo a multa a partir do descumprimento de provimento antecipatório, mas logrando êxito o réu no julgamento do mérito, a resistência mostrava-se legítima e, então, a multa desaparecerá retroativamente.

Nesse sentido, Branco (2008, p. 295) ressalta que em sede de execução provisória:

> […] [a] própria relação jurídica [pode] ser desconstituída, gerando uma situação extremamente embaraçosa para o processo, haja vista o fato de que o "suposto" credor certamente teria de devolver os valores indevidamente cobrados ao igualmente "suposto" devedor, ou seja, haveria a possibilidade de inversão dos pólos processuais: o devedor passaria a ser credor do autor da execução pelos valores relativos às multas. Melhor solução reitere-se, é aguardar o trânsito em julgado, onde não mais pairará, pelo menos em tese, sobre a questão nenhuma dúvida!

Àqueles que defendem a completa desvinculação entre a execução da *astreinte* e o resultado obtido ao final do processo, defende Spadoni (2002, p. 182) que é irrelevante para a exigibilidade da multa a constatação de que o réu não possuía qualquer obrigação perante o autor, eis que há uma violação apenas de uma obrigação processual e não uma eventual violação do direito material.

Para Amaral (2004, p. 210), a decisão interlocutória consiste em norma jurídica individualizada com clara natureza condenatória, nada

afetando a exigibilidade da quantia decorrente da imposição coercitiva em face da sentença de improcedência do pedido final em sede de cognição exauriente.

Outra parte da doutrina defende a impossibilidade de se executar provisoriamente as *astreintes* em caso de improcedência da ação, não subsistindo a multa anteriormente fixada em sede de tutela antecipada. Para Didier (2007, p. 358):

> Se o beneficiário da multa teve negado o seu direito à tutela específica após o trânsito em julgado, o crédito eventualmente executado e satisfeito deverá ser devolvido ao vencedor, eis que a multa não vem resguardar a autoridade jurisdicional, não vem punir, e sim serve para resguardar o direito da parte que pediu sua imposição. Assim, se ao final não viu certificado o direito que pretendia fosse resguardado, não há porquê receber o valor da multa.

Para Marinoni (2001, p. 111), a *astreinte* somente pode ser cobrada depois do trânsito em julgado da decisão final e desde que esta confirme a antecipação em que se cominou a medida coercitiva. Ressalta que a coerção resultante da imposição da multa induz a uma ameaça de pagamento e não a sua cobrança imediata, razão pela qual impossível realizar-se a execução provisória ou definitiva.

Outro ponto de extrema dificuldade prática reside no enquadramento das decisões interlocutórias que arbitram multas pelo não cumprimento de liminares e antecipações de tutela no rol dos títulos executivos judiciais elencados no art. 475-N do Código de Processo Civil:

> Art. 475-N. São títulos executivos judiciais:
> I – a sentença proferida no processo civil que reconheça a existência de obrigação de fazer, não fazer, entregar coisa ou pagar quantia;
> II – a sentença penal condenatória transitada em julgado;
> III – a sentença homologatória de conciliação ou de transação, ainda que inclua matéria não posta em juízo;

> IV – a sentença arbitral;
> V – o acordo extrajudicial, de qualquer natureza, homologado judicialmente;
> VI – a sentença estrangeira, homologada pelo Superior Tribunal de Justiça;
> VII – o formal e a certidão de partilha, exclusivamente em relação ao inventariante, aos herdeiros e aos sucessores a título singular ou universal.
> Parágrafo único. Nos casos dos incisos II, IV e VI, o mandado inicial (art. 475-J) incluirá a ordem de citação do devedor, no juízo cível, para liquidação ou execução, conforme o caso.

Nos termos do inciso I do art. 475-N do Código de Processo Civil, considera-se título executivo judicial "a sentença proferida no processo civil que reconheça a existência de obrigação de fazer, não fazer, entregar coisa ou pagar quantia". Logo, verificando-se a ausência de previsão legal para execução apoiada em decisão interlocutória, entende Montenegro Filho (2012, p. 271-272) que o Código de Processo Civil deve ser interpretado de forma sistemática e não meramente gramatical:

> A decisão interlocutória é título executivo judicial topograficamente deslocado para outra parte do Código.[...] Também não são sentenças as decisões que fixam alimentos provisórios em favor do autor no início da ação de alimentos, de igual modo autorizando a propositura da ação de execução se a ordem judicial não for cumprida. […] A leitura do inciso deve ser ordenada no sentido de autorizar a execução de todo e qualquer pronunciamento judicial (no gênero) que tenha imposto condenação (também em sentido amplo) contra o devedor, seja em decorrência da procedência de uma ação condenatória (hipótese mais comum), da imposição de multa pelo descumprimento de ordem judicial ou pelo não pagamento de obrigação alimentícia arbitrada em decisão com a natureza jurídica de antecipação de tutela.

5. A EXECUÇÃO PROVISÓRIA E A RESPONSBILIDADE CIVIL DO EXEQUENTE

O procedimento da execução provisória da sentença encontra-se disciplinado no art. 475-O do Código de Processo Civil, com redação dada pela Lei nº 11.232/2005:

> Art. 475-O. A execução provisória da sentença far-se-á, no que couber, do mesmo modo que a definitiva, observadas as seguintes normas:
> I – corre por iniciativa, conta e responsabilidade do exequente, que se obriga, se a sentença for reformada, a reparar os danos que o executado haja sofrido;
> II – fica sem efeito, sobrevindo acórdão que modifique ou anule a sentença objeto da execução, restituindo-se as partes ao estado anterior e liquidados eventuais prejuízos nos mesmos autos, por arbitramento;
> III – o levantamento de depósito em dinheiro e a prática de atos que importem alienação de propriedade ou dos quais possa resultar grave dano ao executado dependem de caução suficiente e idônea, arbitrada de plano pelo juiz e prestada nos próprios autos.
> § 1º No caso do inciso II do caput deste artigo, se a sentença provisória for modificada ou anulada apenas em parte, somente nesta ficará sem efeito a execução.
> § 2º A caução a que se refere o inciso III do caput deste artigo poderá ser dispensada:
> I – quando, nos casos de crédito de natureza alimentar ou decorrente de ato ilícito, até o limite de sessenta vezes o valor do salário-mínimo, o exequente demonstrar situação de necessidade;
> II - nos casos de execução provisória em que penda agravo perante o Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça (art. 544), salvo quando da dispensa possa manifestamente resultar risco de grave dano, de difícil ou incerta reparação.

> § 3º Ao requerer a execução provisória, o exequente instruirá a petição com cópias autenticadas das seguintes peças do processo, podendo o advogado declarar a autenticidade, sob sua responsabilidade pessoal:
> I – sentença ou acórdão exequendo;
> II – certidão de interposição do recurso não dotado de efeito suspensivo;
> III – procurações outorgadas pelas partes;
> IV – decisão de habilitação, se for o caso;
> V – facultativamente, outras peças processuais que o exequente considere necessárias.

Segundo Bueno (2010, p. 170), a execução provisória deve ser compreendida como uma possibilidade que tem o credor de dar início aos atos executivos tendentes a satisfação de algum crédito, embora a demanda judicial esteja pendente de alguma solução pelo Judiciário. Nela serão adotadas medidas autorizativas para que surtam, de forma concreta, efeitos a um determinado título executivo, ainda que pendentes recursos nos tribunais superiores. Este tipo de execução encontra-se também disciplinado nos arts. 475-I, §1º, 521 e 587, do Código de Processo Civil:

> Art. 475-I. O cumprimento da sentença far-se-á conforme os arts. 461 e 461-A desta Lei ou, tratando-se de obrigação por quantia certa, por execução, nos termos dos demais artigos deste Capítulo.
> § 1º É definitiva a execução da sentença transitada em julgado e provisória quando se tratar de sentença impugnada mediante recurso ao qual não foi atribuído efeito suspensivo.
> .....
> .....
> Art. 521. Recebida a apelação em ambos os efeitos, o juiz não poderá inovar no processo; recebida só no efeito devolutivo, o apelado poderá promover, desde logo, a execução provisória da sentença, extraindo a respectiva carta.
> .....
> .....

> Art. 587. É definitiva a execução fundada em título extrajudicial; é provisória enquanto pendente apelação da sentença de improcedência dos embargos do executado, quando recebidos com efeito suspensivo (art. 739).

Ainda ensina Bueno (2010, p. 170) que a execução provisória é uma técnica de antecipação de atos jurisdicionais executivos que visa à realização concreta da tutela jurisdicional executiva. É uma execução imediata, porém de forma antecipada, eis que os seus efeitos são idênticos aos de uma execução definitiva, sendo provisório apenas o título que fundamenta a execução – dependente de confirmação judicial posterior – e não os atos executivos.

Nesse sentido, Amaral (2010, p. 255-256) discute que a exigibilidade da multa poderá ser provisória ou definitiva. Será sempre definitiva o cumprimento ou a execução fundada em sentença ou acórdão transitados em julgado. O momento em que o crédito resultante da incidência da multa fixada em decisão interlocutória, sentença ou acórdão passa a ser exigível tem sido objeto de amplo debate na doutrina e na jurisprudência, notadamente antes do trânsito em julgado da sentença de procedência no processo onde as *astreintes* foram fixadas, pela preclusão da decisão que as fixa. Há ainda intensa divergência quanto ao caráter de execução da multa: se definitiva ou provisória.

Após a decisão proferida pelo juízo de 1º grau de jurisdição, a parte que se sentiu prejudicada pelos termos do comando sentencial poderá impugná-lo por meio do recurso de apelação, que será recebido, em regra, em seu efeito devolutivo e suspensivo, conforme o art. 520 do Código de Processo Civil, impedindo, desta feita, que a parte vencedora inicie a execução provisória, devendo aguardar o julgamento do recurso pelo tribunal. Entretanto, o mesmo art. 520 do CPC lista algumas hipóteses em que a apelação é recebida apenas em seu efeito devolutivo:

> Art. 520. A apelação será recebida em seu efeito devolutivo e suspensivo. Será, no entanto, recebida só no efeito devolutivo, quando interposta de sentença que:
> I - homologar a divisão ou a demarcação;
> II - condenar à prestação de alimentos;

> III - (Revogado pela Lei nº 11.232, de 2005)
> IV - decidir o processo cautelar;
> V - rejeitar liminarmente embargos à execução ou julgá-los improcedentes;
> VI - julgar procedente o pedido de instituição de arbitragem.
> VII - confirmar a antecipação dos efeitos da tutela;

Nos termos acima traçados, se a sentença foi impugnada por recurso dotado apenas do efeito suspensivo, permitir-se-á a execução provisória conforme procedimento estatuído no art. 475-O do CPC. No segundo grau de jurisdição a regra é inversa, ou seja, julgado o recurso interposto contra a sentença de primeiro grau, ainda que a parte interponha novo recurso contra o acórdão proferido pelo tribunal através do recurso especial e/ou extraordinário, o vencedor está autorizado a iniciar a execução provisória, nos termos do art. 542, § 2º, do CPC:

> Art. 542. Recebida a petição pela secretaria do tribunal, será intimado o recorrido, abrindo-se-lhe vista, para apresentar contra-razões.
> .....
> .....
> § 2º Os recursos extraordinário e especial serão recebidos no efeito devolutivo.

Para dar início à execução provisória, prescreve o § 3º e seus incisos, do art. 475-O do mesmo Diploma Legal, que o exequente deve instruir a petição com cópias autenticadas da sentença ou do acórdão exequendo, da certidão de interposição do recurso não dotado de efeito suspensivo, das procurações outorgadas pelas partes, da decisão de habilitação e de outras peças que considere necessárias.

Almeida (2011, p. 3) ressalta que a diferença entre a execução provisória e a definitiva reside apenas na alienação dos bens em hasta pública e no levantamento de depósito em dinheiro que, tratando-se de execução definitiva, dispensa a prestação de caução pelo exequente. A regra estabelecida no inciso III do art. 475-O do CPC, em se tratando de execução provisória, tem por finalidade evitar que o executado possa vir a sofrer danos, uma vez que a caução preserva o devedor no caso em

que a decisão definitiva lhe seja favorável, não arcando este com qualquer prejuízo, ressalvadas ainda as sanções civis disponíveis para a devida reparação civil.

Alvim (1995, p. 100-101) já abordava a necessidade de caução pelo exequente para obtenção do resultado da *astreinte* mediante execução provisória:

> […] Concedida a tutela específica liminarmente, pode haver execução *ab initio*. Evidentemente não se terá execução definitiva, nessas hipóteses, mas analogamente ao § 3º do art. 273 poderão ser tomadas medidas de definitividade com vistas a que se exaura a execução, oferecendo o exequente caução, que transforma a execução em reversível.

De acordo com Bueno (2010, p. 181-182), aquele que promove de forma provisória a execução responde objetivamente pelos prejuízos causados ao executado, não se discutindo a existência ou inexistência de culpa, dolo ou má-fé do exequente. Assim, para que haja o direito a indenização, suficiente se faz provar apenas o nexo de causalidade entre a conduta e os danos sofridos, efetivamente comprovados, em função dos atos executivos.

Para Branco (2008, p. 293-294), grande parte da doutrina afirma que a exigibilidade das *astreintes* apenas será concretizada quando do trânsito em julgado da sentença de mérito. A sentença que tem sobre si recurso pendente e recebido no efeito suspensivo obsta a execução provisória, pelo entendimento que não é justo cobrar do réu um valor que possui em sua essência caráter acessório se o mesmo pode não ser ainda considerado devedor da obrigação principal, pois ao final pode ser esta desconstituída.

O mesmo autor prossegue discorrendo quanto a possibilidade de execução provisória das *astreintes*:

> […] Caso penda sobre a execução recurso recebido apenas no efeito devolutivo, será o caso de se proceder com a execução provisória, recentemente alvo de alterações (Lei 11.282/2005). Nesse caso partilhamos da opinião de que os valores poderão até ser depositados pelo Réu, mas o acesso a estes

> de fato se processará apenas após o trânsito em julgado da sentença mandamental. O grande fundamento dessa concepção é que seria de grande prejuízo para as partes e para a própria segurança jurídica da relação processual, que estes valores fossem acessados pelo credor e ao final chegasse-se a conclusão de que o vínculo obrigacional sequer existe (BRANCO, 2008, p. 294).

6. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DAS *ASTREINTES* SEGUNDO AS PRINCIPAIS CORRENTES DOUTRINÁRIAS E A JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Na doutrina nacional é possível encontrar três correntes que discutem a possibilidade ou não do autor exigir o pagamento das *astreintes* antes do trânsito em julgado, fixadas em tutela antecipada. A cada entendimento corresponde uma decisão jurisprudencial no âmbito do Superior Tribunal de Justiça acerca do tema.

A primeira corrente, representada por Cândido Rangel Dinamarco e Luiz Guilherme Marinoni, afirma que não é possível a execução provisória das *astreintes*, pois é necessário o trânsito em julgado para que elas sejam exigidas.

Dinamarco (2003, p. 474), defende a inexigibilidade do valor das *astreintes* até não ser mais possível a interposição de qualquer recurso, conceituando a execução provisória apenas como uma técnica de aceleração dos resultados à disposição do credor para a obtenção de um bem a que provavelmente tenha direito, sem garantia alguma de que venha a obtê-lo junto à pecúnia sancionatória. Portanto, a multa só deve ser paga à parte que sagrar-se definitivamente vencedora na demanda. Logo, deve-se aguardar o final do processo. A mera ameaça, ao final, já é suficiente para provocar uma pressão psicológica no devedor.

Nesse sentido, Marinoni (2001, p. 109-110) completa:

> No caso em que tutela antecipatória é concedida, ou na hipótese em que é proferida sentença de procedência, impondo-se multa, o réu é coagido a fazer ou a não fazer porque receia ter que pagar a multa. O fato de o valor da multa não poder ser

> cobrado desde logo não retira o seu caráter de coerção. O réu somente não será coagido a fazer ou não fazer quando estiver seguro de que o último julgamento lhe será favorável. [...] A multa não tem o objetivo de penalizar o réu que não cumpre a ordem; o seu escopo é o de garantir a efetividade das ordens do juiz. A imposição da multa para o cumprimento da ordem é suficiente para realizar este escopo, pois a coerção está na ameaça do pagamento e não na cobrança do valor da multa. Ora, se a coerção está na ameaça, e ninguém pode se dizer não ameaçado por uma multa imposta na tutela antecipatória ou na sentença de procedência – ao menos quando o entendimento do Tribunal não é radicalmente oposto ao do juiz de primeiro grau –, não há por que penalizar o réu que, descumprindo a ordem, resulta vitorioso no processo. Perceba-se, ademais, que dentro do sistema brasileiro o valor da multa reverte em benefício do autor, razão pela qual, a prevalecer a tese de que o réu deve pagar a multa ainda quando tem razão, chegar-se-ia à solução de que o processo pode prejudicar o réu que tem razão para beneficiar o autor que não a tem. O autor estaria sendo beneficiado apenas por ter obtido uma decisão que afirmou um direito que ao final não prevaleceu.

O Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 50.196-SP decidiu:

> PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. LIMINAR DEFERIDA. DESCUMPRIMENTO DE DECISÃO. MULTA DIÁRIA. EXIGIBILIDADE. TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA QUE JULGAR PROCEDENTE A DEMANDA. PRECEDENTES DO STJ. SÚMULA 83/STJ. AGRAVO NÃO PROVIDO.
> 1. Nos termos da reiterada jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a multa diária somente

> é exigível com o trânsito em julgado da decisão que, confirmando a tutela antecipada no âmbito da qual foi aplicada, julgar procedente a demanda.
> 2. Conforme salientado na decisão agravada, o Tribunal de origem julgou extinto o processo sem exame do mérito, o que tornou insubsistente a liminar anteriormente deferida, que dava suporte jurídico para a exigibilidade da multa imposta.
> 3. Não havendo julgamento definitivo de procedência do pedido inicial, confirmando a medida liminar anteriormente deferida e solucionando o litígio, apresentando à parte a prestação jurisdicional tutelada, tornam-se inexigíveis as astreintes.
> 4. Agravo regimental não provido. (STJ, Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 50.196-SP (2011/0134116-2), Primeira Turma, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, julgado em 21/8/2012, *DJ* em 27.8.2012).

A segunda corrente doutrinária afirma a possibilidade de execução provisória das *astreintes* sem quaisquer condicionamentos, com fundamento até mesmo em mera decisão interlocutória ainda não confirmada. Logo após o descumprimento da decisão que fixou a multa cominatória é possível ao beneficiário executá-la. Os doutrinadores Cássio Scarpinella Bueno e Fredie Didier Jr. representam o entendimento acima.

Para Bueno (2013, p. 2013) que defende a exigibilidade da multa de forma imediata:

> […] Deixar a multa do artigo 461 para ser cobrada apenas depois do trânsito em julgado e, pois, depois da fixação definitiva das responsabilidades de cada parte pelos fatos que ensejaram a investida jurisdicional, seria esvaziar o que ela tem de mais relevante: a possibilidade de influenciar a vontade do executado e compeli-lo ao acatamento da determinação judicial e, consequentemente, à satisfação do exequente, que teve reconhecido em seu favor o direito à prestação da tutela jurisdicional.

Didier Júnior (2007, p. 358) pondera que se a sentença ou a tutela antecipada forem reformadas, caberá ao beneficiário do provimento provisório devolver tudo o que recebeu:

> Se o beneficiário da multa teve negado o seu direito à tutela específica após o trânsito em julgado, o crédito eventualmente executado e satisfeito deverá ser devolvido ao vencedor, eis que a multa não vem resguardar a autoridade jurisdicional, não vem punir, e sim serve para resguardar o direito da parte que pediu sua imposição. Assim, se ao final não viu certificado o direito que pretendia fosse resguardado, não há porquê receber o valor da multa.

Na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é possível encontrar decisões nesse sentido:

> PROCESSUAL CIVIL. ASTREINTES. FIXAÇÃO EM ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. EXECUÇÃO. POSSIBILIDADE.
> 1. É desnecessário o trânsito em julgado da sentença para que seja executada a multa por descumprimento fixada em antecipação de tutela. Precedentes do STJ.
> 2. Agravo Regimental não provido. (STJ, Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 50.186-RJ (2011/0139139-6), Segunda Turma, Rel. Ministro Herman Benjamin, julgado em 07/8/2012, *DJ* em 22.8.2012).

> AGRAVO REGIMENTAL - RECURSO ESPECIAL - EXECUÇÃO - ASTREINTES FIXADA EM SEDE DE TUTELA ANTECIPADA - POSSIBILIDADE - DECISÃO AGRAVADA MANTIDA – IMPROVIMENTO.
> 1.- É possível a execução da decisão interlocutória que determinou o pagamento de astreintes no caso de descumprimento de obrigação, não havendo que se falar em violação do artigo 475-N, do Código de

> Processo Civil. Precedentes.
> 2.- O agravante não trouxe nenhum argumento capaz de modificar a conclusão do julgado, a qual se mantém por seus próprios fundamentos.
> 3.- Agravo Regimental improvido. (STJ, Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 1.299.849-MG (2011/0311516-1), Terceira Turma, Rel. Ministro Sidnei Beneti, julgado em 19/4/2012, *DJ* em 22.6.2012).

6.1 O INFORMATIVO Nº 511 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E A CONCEPÇÃO DE UMA TERCEIRA CORRENTE

No Informativo nº 511, de 6 de fevereiro de 2012, do Superior Tribunal de Justiça, foi divulgado o Recurso Especial nº 1.347.726-RS, que admitiu uma terceira corrente, intermediária entre as duas acima explanadas:

> RECURSO ESPECIAL - PROCESSUAL CIVIL – EXECUÇÃO PROVISÓRIA DE MULTA COMINATÓRIA IMPOSTA EM SEDE DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA – CARÁTER HÍBRIDO MATERIAL/PROCESSUAL DAS ASTREINTES - POSSIBILIDADE DE INICIAR-SE A EXECUÇÃO PRECÁRIA (ART. 475-O DO CPC) APENAS A PARTIR DA PROLAÇÃO DE SENTENÇA CONFIRMATÓRIA DA MEDIDA LIMINAR, DESDE QUE RECEBIDO O RESPECTIVO RECURSO DE APELAÇÃO SOMENTE NO EFEITO DEVOLUTIVO – INTELIGÊNCIA DO
> ART. 520, VII, DO CPC – CASO EM QUE A TUTELA ANTECIPATÓRIA RESTOU REVOGADA QUANDO DA PROLAÇÃO DA SENTENÇA DEFINITIVA, TORNANDO-SE SEM EFEITO – ACOLHIMENTO DA IMPUGNAÇÃO E EXTINÇÃO DA EXECUÇÃO QUE SE IMPÕE - RECURSO PROVIDO.
> 1. A multa pecuniária, arbitrada judicialmente para forçar o réu ao cumprimento de medida liminar antecipatória (art. 273 e 461, §§ 3º e 4º, CPC)

detém caráter híbrido, englobando aspectos de direito material e processual, pertencendo o valor decorrente de sua incidência ao titular do bem da vida postulado em juízo. Sua exigibilidade, por isso, encontra-se vinculada ao reconhecimento da existência do direito material vindicado na demanda. Nesse sentido: REsp n.º 1.006.473/PR, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Rel. p/ Acórdão Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 08/05/2012, DJe 19/06/2012).

2. Em vista das peculiaridades do instituto, notadamente seu caráter creditório a reclamar medidas expropriatórias para o respectivo adimplemento (penhora, avaliação, hasta pública), a execução das astreintes segue regime a ser compatibilizado com sua natureza, diferenciado-se daquele pertinente às demais modalidades de outorga da tutela antecipada, de ordem mandamental e executivo *lato sensu* (art. 273, §3º, do CPC). Nesse contexto, a forma de o autor de ação individual exigir a satisfação do crédito oriundo da multa diária, previamente ao trânsito em julgado, corresponde ao instrumento jurídico-processual da execução provisória (art. 475-O do CPC), como normalmente se dá em relação a qualquer direito creditório reclamado em juízo.

3. Do mesmo modo que não é admissível a execução da multa diária com base em mera decisão interlocutória, baseada em cognição sumária e precária por natureza, também não se pode condicionar sua exigibilidade ao trânsito em julgado da sentença. Os dispositivos legais que contemplam essa última exigência regulam ações de cunho coletivo, motivo pelo qual não são aplicáveis às demandas em que se postulam direitos individuais. As astreintes serão exigíveis e, portanto, passíveis de execução provisória, quando a liminar que as fixou for confirmada em sentença ou acórdão de natureza definitiva (art. 269 do CPC), desde que o respectivo recurso deduzido contra a decisão não seja recebido no efeito suspensivo. A pena incidirá,

> não obstante, desde a data da fixação em decisão interlocutória.
> 4. No caso concreto, a liminar concedida em sede de tutela antecipada quedou revogada ao fim do processo, face à prolação de sentença que julgou improcedente o pedido, tornando sem efeito as *astreintes* exigidas na ação. Impositiva, nesse quadro, a extinção da execução provisória.
> 5. Recurso especial provido. (STJ, Recurso Especial nº 1.347.726-RS (2012/0198645-5), Quarta Turma, Rel. Ministro Marco Buzzi, julgado em 27/11/2012, *DJ* em 04.2.2013).

De acordo com o informativo em questão, é possível a execução provisória das *astreintes* fixadas em tutela antecipada ou medida liminar desde que cumpridos dois requisitos: que o pedido a que se vincula a *astreinte* seja julgado procedente na sentença ou acórdão e que o respectivo recurso interposto não tenha sido recebido no efeito suspensivo.

Após percorrer as três correntes doutrinárias, percebe-se certa tendência majoritária no posicionamento que defende a execução das *astreintes* após o trânsito em julgado da decisão de mérito. No entanto, para Neves (2013), a decisão dada no Recurso Especial nº 1.347.726-RS é "inédita e tenta equacionar de forma mais equilibrada o eterno confronto entre a efetividade da tutela jurisdicional e a segurança jurídica".

E conclui o mesmo autor:

> Ademais, ter receio de que a multa fixada em decisão interlocutória que concede tutela antecipada ou liminar seja imediatamente executada – ainda que provisoriamente – mostra uma inversão perigosa de valores, dando-se efeitos ao principal e negando-os ao acessório. Numa decisão da espécie ora analisada haverá dois capítulos: o que concede a tutela antecipada (capítulo principal) e o que fixa multa para pressionar psicologicamente a parte a cumprir a decisão (capítulo acessório). Como pode o principal ser executado imediatamente e o acessório somente após a devida confirmação da decisão provisória por meio de decisão definitiva? Estranha inversão de valores: a decisão, ainda que

> proferida mediante juízo de probabilidade formada por meio de cognição sumária, tem executabilidade imediata, enquanto a forma executiva associada a ele precisa de decisão definitiva eficaz poder gerar efeitos...
> É natural que a execução dessa multa mesmo antes de confirmação da decisão concessiva de tutela de urgência por decisão proferida mediante cognição exauriente é um risco, mas o que deve ficar claro é que o sistema já assumiu um risco muito maior ao admitir a execução imediata da própria tutela antecipada. A vida, afinal, é correr riscos, e não existe processo sem que isso ocorra. O que não tem sentido é permitir a satisfação fática imediata do direito material objeto do processo e impedir a geração imediata de efeitos da multa fixada como forma de execução direta (NEVES, 2013).

Por fim, o projeto do novo Código de Processo Civil (Projeto de Lei do Senado Federal nº 166/10, em trâmite na Câmara dos Deputados sob o nº 8.046/10), que se encontra, até o presente momento, aprovado pela Comissão Especial da Câmara dos Deputados, permite a possibilidade de execução provisória das *astreintes*, quando for o caso, uma vez que o seu cumprimento definitivo deve se dar após o trânsito em julgado da decisão:

> Art. 551. A multa periódica independe de pedido da parte e poderá ser concedida na fase de conhecimento, em tutela antecipada ou sentença, ou na execução, desde que seja suficiente e compatível com a obrigação e que se determine prazo razoável para o cumprimento do preceito.
> § 1º O juiz poderá, de ofício ou a requerimento, modificar o valor ou a periodicidade da multa vincenda ou excluí-la, sem eficácia retroativa, caso verifique que:
> I – se tornou insuficiente ou excessiva;
> II – o obrigado demonstrou cumprimento parcial superveniente da obrigação ou justa causa para o descumprimento.
> § 2º O valor da multa será devido ao exequente.

> **§ 3º O cumprimento definitivo da multa depende do trânsito em julgado da sentença favorável à parte; a multa será devida desde o dia em que se houver configurado o descumprimento da decisão e incidirá enquanto não for cumprida a decisão que a tiver cominado. Permite-se, entretanto, o cumprimento provisório da decisão que fixar a multa, quando for o caso.**
> § 4º A execução da multa periódica abrange o valor relativo ao período de descumprimento já verificado até o momento do seu requerimento, bem como o do período superveniente, até e enquanto não for cumprida pelo executado a decisão que a cominou.
> § 5º O disposto neste artigo aplica-se, no que couber, ao cumprimento de sentença que reconheça deveres de fazer e de não fazer de natureza não obrigacional [grifo nosso].

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O instituto da *astreinte* consiste numa das principais medidas de apoio utilizáveis pelo Estado Juiz para pressionar psicologicamente o devedor a cumprir a prestação devida através da execução indireta. Prevista no art. 461, § 5º e 461-A, § 3º, do Código de Processo Civil, a multa por tempo de atraso, oriunda do direito francês, é aplicável ao cumprimento das obrigações de fazer, não fazer ou entrega de coisa, com possibilidade de fixação já em sede de antecipação de tutela, submetendo-se aos requisitos gerais previstos no art. 273 do CPC para a sua concessão. Quanto a sua natureza jurídica, a multa cominatória é um meio de coerção, jamais funcionando como um meio de punição ou sanção com eficácia moralizadora ao servir de instrumento de proteção da dignidade da justiça, como muitos intérpretes afirmam.

O momento da exigibilidade das *astreintes* fixadas pelo descumprimento de uma decisão judicial ocorre com a eficácia da decisão que a impôs, com a preclusão do prazo para recurso com efeito suspensivo, seja com a não interposição de agravo ou apelação, se estabelecidas em tutela antecipada ou sentença, respectivamente.

A jurisprudência consolidou por muitos anos o entendimento de que a

cobrança da multa deveria ocorrer após o trânsito em julgado ou a partir do momento em que fosse possível a execução provisória, exigindo-se o início da execução da prestação principal para então ocorrer a incidência da *astreinte*. A segurança jurídica se justifica pela possibilidade de revogação da tutela antecipada, com a consequente extinção da multa cominatória. Admitindo-se a possibilidade de execução provisória das *astreintes* fixadas em decisão de tutela antecipada e ao final do processo o executado sagrar-se vencedor, com a improcedência do pedido, o autor deverá restituir àquele todos os valores eventualmente recebidos.

Àqueles que defendem a autonomia da *astreinte* frente ao pedido principal, o instituto possui natureza processual, eis que o produto da multa vincula-se apenas ao descumprimento da tutela antecipada. A cobrança somente após o trânsito em julgado da sentença, seria tornar inócua sua função coercitiva, permitindo ao executado continuar a descumprir o comando judicial até o pronunciamento definitivo.

O procedimento da execução provisória disciplinada no art. 475-O, do Código de Processo Civil, permite ao credor dar início à execução das *astreintes* de forma precária, conforme interpretação sistemática do Diploma Legal (inciso I do art. 475-N), eis que fundado em título executivo dependente de confirmação judicial posterior. Entretanto, sujeita-se o exequente à reparação dos prejuízos que tal iniciativa cause ao executado (responsabilidade objetiva), se a sentença for reformada.

O recebimento do recurso em seu duplo efeito (devolutivo e suspensivo) contra sentença proferida pelo juízo de 1º grau de jurisdição impede o início da execução provisória das *astreintes* pelo autor, que deverá aguardar o trânsito em julgado após o julgamento do recurso pelo tribunal respectivo. Porém, o art. 520 do CPC lista determinadas hipóteses em que a apelação será recebida apenas em seu efeito devolutivo, com destaque para o inciso VII, quando interposta de sentença que confirmar a antecipação dos efeitos da tutela, autorizando o credor a iniciar a execução provisória nos termos do art. 475-O do CPC.

O estudo doutrinário e jurisprudencial sobre a possibilidade de execução das *astreintes* antes do trânsito em julgado e fixadas em tutela antecipada fez surgir três correntes de entendimento. A primeira corrente afirma que não é possível a execução provisória das *astreintes*, condicionando a necessidade do trânsito em julgado para que elas sejam exigidas. Sua fixação é compreendida como uma mera ameaça capaz

de provocar uma pressão psicológica no devedor. A segunda corrente defende a possibilidade de execução da multa cominatória de forma incondicionada, mesmo diante de uma decisão não confirmada que restou descumprida pelo requerido.

Por último cabe destacar a terceira corrente que criou um equilíbrio entre as duas correntes doutrinárias anteriores. O Informativo nº 511, de 6 de fevereiro de 2012, do Superior Tribunal de Justiça divulgou o resultado do Recurso Especial nº 1.347.726-RS, que decidiu pela possibilidade da execução provisória das *astreintes* fixadas em tutela antecipada ou medida liminar desde que cumpridos dois requisitos: que o pedido a que se vincula a *astreinte* seja julgado procedente na sentença ou acórdão e que o respectivo recurso interposto não tenha sido recebido no efeito suspensivo.

Dada a instabilidade que permeia uma decisão não transitada em julgado, ante sua possibilidade de reforma, percebe-se que doutrina e jurisprudência defendem a ideia de que as *astreintes* sejam executadas somente após o trânsito em julgado da decisão de mérito.

THE PENALTY PAYMENT (ASTREINTES) IN EXECUTIVE CASE: ENFORCEABILITY AND APPLICABILITY BEFORE FINAL AND UNAPPEALABLE DECISION OF MERIT

ABSTRACT: The fines for noncompliance with court order , also called astreintes fixed in the course of lawsuits aimed a benefit to be fulfilled in favor of the holder of a right, with the immediate suppression of illicit represents an important measure of support available to the magistrate to compel the defendant to comply with judicial decisions . The application of the institute of French origin to the Brazilian forensic practice made numerous debates arise , given the lack of legislative forecast in peculiar situations of the executive civil procedure by requiring interpreters solutions that conformed to the current system . One concerns the possibility of provisional execution of astreintes before the final and unappealable decision on the merits , fixed in advance protection or in the judgment itself . The present work has the purpose to trace a brief overview about the Institute of astreintes in enforcement proceedings , to the study of its concept , legal nature , purpose and applicability , viewed from the perspective of the current Brazilian Code of Civil Procedure .

Regarding the moment of payment of the fine , in addition to legislation , the study highlights the major doctrinal trends and recent understanding of the Superior Court to set through Newsletter No. 511 , an intermediate chain on the topic . The content was developed from reading the works of some of the leading Brazilian scholars and scientific articles on the subject . We intend to demonstrate the possibility of the provisional execution of astreintes since met certain requirements defined by doctrine and jurisprudence , also provided in the Code of Civil Procedure itself.

KEYWORDS: *Astreintes*. Implementation. Penalty. Sentence.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Felipe Cunha de. Comentários a respeito da responsabilidade civil do exequente na execução provisória. *Academia Brasileira de Direito Processual Civil.* Porto Alegre, 2011. Disponível em: <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Responsabilidade_do_exequente.pdf>. Acesso em: 23 fev. 2014.

ALVIM, José Eduardo Carreira. *Tutela específica das obrigações de fazer e não fazer na reforma processual.* Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

ALVIM, Thereza Celina Diniz de Arruda. A tutela específica do art. 461, do Código de Processo Civil. *Revista de Processo.* São Paulo, n. 8, 1995.

AMARAL, Guilherme Rizzo. *As astreintes e o processo civil brasileiro*: multa do artigo 461 do CPC e outras. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

AMARAL, Guilherme Rizzo. *As astreintes e o processo civil brasileiro*: multa do artigo 461 do CPC e outras. 2 ed. Rev., atual. e ampl. Porto alegre: Livraria do Advogado, 2010.

ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. *Execução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

BRANCO, Bruno Henrique Magalhães. As multas periódicas do art. 461 do CPC (astreintes) no contexto da nova estrutura do processo de execução. *Revista da Escola da Magistratura do RN*. Natal, v. 7, n. 1, p. 279-298, 2008. Disponível em: <http://www.esmarn.tjrn.jus.br/revistas/index.php/revista_da_esmarn/article/view/63>. Acesso em: 16 fev. 2014.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 8.046*, de 22 de dezembro de 2010, que dispõe sobre o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.camara.gov.br>. Acesso em: 16 mar. 2014.
_____. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil.* Poder Executivo, Brasília, DF, 17 jan. 1973.
_____. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 1.299.849-MG (2011/0311516-1)*, Terceira Turma, Rel. Ministro Sidnei Beneti, *DJ* 22.6.2012. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 16 mar. 2014.
_____. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 50.186-RJ (2011/0139139-6)*, Segunda Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, *DJ* 22.8.2012. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 16 mar. 2014.
_____. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 50.196-SP (2011/0134116-2)*, Primeira Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, *DJ* 27.8.2012. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 16 mar. 2014.
_____. Superior Tribunal de Justiça. *Informativo de Jurisprudência n. 511*, de 6 de fevereiro de 2013. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 16 mar. 2014.
_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.347.726-RS (2012/0198645-5)*, Quarta Turma, Rel. Ministro Marco Buzzi, *DJ* 04.2.2013. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 16 mar. 2014.
BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*: tutela jurisdicional executiva. São Paulo: Saraiva, 2008.
BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*: tutela jurisdicional executiva. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
BUENO, Cássio Scarpinella. Curso sistematizado de direito processual civil: tutela jurisdicional executiva. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil.* 18. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
DIDIER, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil.* Salvador: Edições Podium, 2007.
DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma da reforma.* São Paulo: Malheiros, 2003.
DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução e processo executivo*. 8. ed.

São Paulo: Malheiros, 2002.
DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil.* São Paulo: Malheiros, 2004.
FUX, Luiz. *A reforma do processo civil*: comentários e análise crítica da reforma infraconstitucional do poder judiciário e da reforma do CPC. Niterói: Impetus, 2006.
MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela específica*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
MONTENEGRO FILHO, Misael. *Curso de direito processual civil*: medidas de urgência, tutela antecipada e ação cautelar, procedimentos especiais. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro.* 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Executividade da multa fixada em decisão interlocutória. *Jurisprudência & Concursos*. São Paulo, 2013. Disponível em: <http://jurisprudenciaeconcursos.com.br/espaco/executabilidade-da-multa-fixada-em-decisao-interlocutoria>. Acesso em: 16 mar. 2014.
SPADONI, Joaquim Felipe. *Ação Inibitória*: a ação preventiva no art. 461 do CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
TAMALINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer*: e sua extensão aos deveres de entrega de coisa. (CPC, arts. 461 e 461-A; CDC, art. 84). 2. ed. Rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil: processo de execução e cumprimento da sentença, processo cautelar e tutela de urgência. 43. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. 2 v.

A EFETIVIDADE DOS ALIMENTOS INTERNACIONAIS

Rafael dos Santos Sá*

RESUMO: O presente artigo aborda os alimentos internacionais no âmbito da Convenção de Nova York, promulgada pelo Decreto Lei nº 56.826 de 02 de setembro de 1965, fazendo uma breve análise sobre a obrigação alimentar e os meios para solução da crise de satisfação. Há uma perquirição a respeito da concorrência de jurisdições, com ênfase no caráter portável da obrigação alimentar, a fim de evidenciar a competência da autoridade judiciária brasileira para processar e julgar esse tipo de demanda, revelando os benefícios da utilização do Tratado Internacional e as funções da autoridade remetente e instituição intermediária. Por derradeiro, revela-se a característica dos alimentos como direito humano, com interpretação que transcende as diversas culturas envolvidas nas relações internacionais, fomentando o seu caráter universal, e a necessidade de uma atuação dos órgãos diretamente envolvidos a fim de otimizar a efetividade desse direito no plano internacional.

PALAVRAS-CHAVE: Alimentos. Obrigação e jurisdição.

Em nosso ordenamento jurídico, os alimentos têm tratamento especial, havendo disposição na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu art. 227, no Estatuto da Criança e do Adolescente, no Código Civil, entre os artigos 1.694 a 1.710, assim como na Lei Especial 5.478 de 25 de julho de 1968, sendo que, no caso dos dois últimos, ambos funcionam de maneira complementar, com regras de direito material e processual, com integração, neste caso, do Código de Processo Civil.

Nenhum desses diplomas, porém, definem os alimentos, embora indiquem os parâmetros de fixação, assim como os requisitos para a sua concessão, de modo que fica a cargo da doutrina a conceituação dos alimentos, para a qual, utilizo-me dos ensinamentos de Sílvio de Salvo Venosa, dizendo que (VENOSA, 2003, p. 372):

* Bacharel em Direito pela Universidade Tiradentes. Pós-graduado em Direito Público pela UNISUL-LFG. Técnico Judiciário do TJ/SE, no exercício da função de Assessor de Juiz junto à 2ªVara Privativa de Assistência Judiciária de Aracaju.

> Assim, alimentos, na linguagem jurídica, possuem significado bem mais amplo do que o sentido comum, compreendendo, além da alimentação, também o que for necessário para moradia, vestuário, assistência médica e instrução. Os alimentos, assim, traduzem-se em prestações periódicas fornecidas a alguém para suprir essas necessidades e assegurar sua subsistência.

A doutrina indica que esse tipo de obrigação decorre dos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade, sendo que, nesse contexto, a norma indica que os sujeitos dessa relação estão circunscritos ao parentesco biológico, assim como aqueles por afinidade, e neste caso, decorrente dos vínculos do casamento e união estável, restritos aos cônjuges e companheiros, e por derradeiro, o parentesco civil. (TARTUCE, 2011, 1.159).

Tal fato, pode ser observado na redação do art. 1.694 do Código Civil, que assim dispõe: "podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação".

Os pressupostos para a concessão dos alimentos é indicado pelo binômio da necessidade de quem pleiteia os alimentos, com a possibilidade de pagar daquele que figura como sujeito dessa obrigação.

A aferição, para parte da doutrina, além dos pressupostos supra, deve valer-se também, da proporcionalidade, como defende Maria Berenice Dias, e que já vem sendo aplicado por alguns julgados do Superior Tribunal de Justiça (2007, p. 482).

Ultrapassada a fase da crise de conhecimento, com o reconhecimento da obrigação alimentar, verifica-se, em muitos casos práticos, a crise de satisfação, decorrente do inadimplemento da obrigação.

O Código de Processo Civil informa duas espécies de títulos executivos, os judiciais, que seriam aqueles cuja constituição decorre do exercício da atividade jurisdicional, representando a norma jurídica concreta, e por outro lado, os extrajudiciais, representados pelos documentos elaborados por particulares, e por órgãos públicos, sem a interferência jurisdicional, revestido das formalidades, e que a lei confere a executividade, cuja enunciação está disposta no art. 585 do CPC, assim como em outras leis.

A execução de alimentos pode seguir dois ritos, o do art. 732 do CPC, cujo ato constritivo é a penhora de bens do executado, e o outro seria o do art. 733 do CPC, que tem como efeito direto do inadimplemento a prisão civil do executado.

A escolha do rito não está calcada no título, mas em um critério temporal consubstanciado pela Súmula 309 do Superior Tribunal de Justiça, cuja redação é a seguinte: "o débito alimentar que autoriza prisão civil do alimentante é o que compreende as três prestações anteriores ao ajuizamento da execução e as que vencerem no curso do processo."

A redação da súmula vem a indicar que a escolha do rito do art. 733 do CPC, somente pode ser para as três prestações alimentares anteriores ao ajuizamento da ação, e as que se vencerem no curso da demanda, fato que afastaria a possibilidade de escolha desse rito quando se tratar de prestações anteriores a esse período, cabendo, neste caso, a utilização do rito do art. 732 do CPC.

Nesse diapasão, o que ocorre, muitas das vezes, quando o alimentante possui um grande número de parcelas em aberto, é o surgimento de duas execuções, uma seguindo o rito do art. 733 do CPC, executando as três últimas parcelas devidas e as que se vencem no curso da demanda, e outra pelo rito do 732 do CPC, executando as parcelas mais antigas, sendo que, neste caso, o exequente pode optar em cobrar todo o débito. O que a súmula exige é que, em caso de escolha pelo rito do art. 733 do CPC, esteja restrita ao lapso temporal determinado.

Embora haja entendimento no sentido de permitir que em uma mesma execução possam ser processados os dois ritos, entendo que esse procedimento é diametralmente oposto à técnica processual, na medida em que a permissibilidade de cumulação de pedidos parte do pressuposto da viabilidade do rito a ser adotado para cada pedido, *ex vi* do disposto no art. 292, III do CPC, fato que não pode ser observado no caso da execução de alimentos, no qual os ritos são incompatíveis, não podendo ser processado em conjunto, pois, para cada processo, há um tipo de procedimento.

Doravante, analisado de modo sucinto o conceito de alimentos, seus pressupostos, assim como as formas de execução da obrigação, passa-se a perquirir sobre os alimentos internacionais e o seu procedimento.

Os alimentos internacionais se consubstanciam quando uma das partes da relação jurídica material encontra-se em outro país, sendo

que, nessa hipótese, houve a ratificação pelo Brasil da Convenção sobre prestação de alimentos no estrangeiro, também denominada de Tratado de Nova York, aprovado pelo Decreto Legislativo nº 10 de 1958, e promulgado pelo Decreto Lei nº 56.826 de 02 de setembro de 1965, que vem a otimizar as obrigações de caráter alimentar, tendo como respaldo e principal característica a proteção do direito da pessoa humana de ver suprida as necessidades básicas de sobrevivência que, muitas das vezes, envolvem crianças e adolescentes.

Em consulta ao site do Ministério da Justiça, podemos obter a lista dos países que ratificaram o Tratado de Nova York, são eles: Alemanha, Argélia, Argentina, Austrália, Áustria, Barbados, Bielorrússia, Bélgica, Bósnia-Herzegovina, Brasil, Burquina Faso, Cabo Verde, Cazaquistão, Chile, Croácia, Chipre, Colômbia, Dinamarca, Equador, Eslováquia, Eslovênia, Espanha, Estônia, Filipinas, Finlândia, Grécia, Guatemala, França, Haiti, Hungria, Ilhas Seychelles, Irlanda, Israel, Itália, Libéria, Luxemburgo, Marrocos, México, Moldávia, Mônaco, Montenegro, Nigéria, Nova Zelândia, Noruega, Países Baixos (Holanda), Paquistão, Polônia, Portugal, Quirguistão, Reino Unido/Grã-Bretanha/Irlanda do Norte, República Centro-Africana, República da Macedônia, República Tcheca, Romênia, Santa Sé (Vaticano), Sérvia, Sri Lanka, Suécia, Suíça, Suriname, Tunísia, Turquia, Ucrânia e Uruguai.

O objeto da Convenção de Nova York está traçado em seu artigo primeiro, cuja proteção reside na figura do credor de alimentos, havendo a importância essencial dos organismos que funcionarão como autoridade remetente e instituição intermediária.

Denota-se que a Convenção tem o condão de complementar os meios jurídicos já existentes para a regular constituição da obrigação, de modo que se pode concluir que haverá uma opção por parte do credor em se utilizar dos meios disponíveis pela Convenção, ou dos meios já existentes no ordenamento interno, ou seja, não haverá imposição para a adoção de um ou outro meio.

É necessário gizar que muitos são os entraves para a efetividade da Jurisdição Brasileira em solo estrangeiro, que vão desde a própria constituição do título, quanto aos atos constritivos decorrentes do inadimplemento da obrigação alimentar.

De início, destaque-se que ainda se mostra controvertida a competência da autoridade judiciária brasileira para a constituição

da obrigação alimentar, na situação em que o devedor se encontra domiciliado em solo estrangeiro, frente a clara disposição do art. 88, do Código de Processo Civil, cuja redação é a seguinte:

> Art. 88. É competente a autoridade judiciária brasileira quando:
> I. o réu, qualquer que seja a sua nacionalidade, estiver domiciliado no Brasil;
> II. **no Brasil tiver de ser cumprida a obrigação**;
> III. a ação se originar de fato ocorrido ou de ato praticado no Brasil.

Denota-se que, estando o devedor domiciliado fora do Brasil, assim como a obrigação não decorre de fato ou ato, resta somente a aplicação do art. 88, II do referido diploma, mas cuja interpretação, a meu ver, não é uníssona, face as regras do Código Civil a respeito do lugar do pagamento.

Dispõe o art. 327 do Código Civil que: "efetuar-se-á o pagamento no domicílio do devedor, salvo se as partes convencionarem diversamente ou se o contrário resultar da lei, da natureza da obrigação ou das circunstâncias."

Prima facie, há que se fazer uma distinção entre a dívida *portable e* dívida *querable,* indicando a doutrina os seguintes aspectos (TEPEDINO et al., 2007, p. 626, grifo do autor):

> a presunção, no direito brasileiro, é de que o pagamento é quesível (expressão comum aos idiomas neolatinos: *quérable*, em francês; *chiedibile*, em italiano), no sentido de que deve ser procurado pelo credor no domicílio do devedor. Podem as partes, não obstante, convencionar o contrário, cabendo ao devedor levar a prestação até o credor, tornando o pagamento portável (*portable*, em francês: *portabile*, em italiano)

Orlando Gomes, também enfatiza a distinção, para o qual (1996, p. 103, grifo do autor):

> em princípio a dívida é *querable*. Nesse caso, não se aplica a regra dies interpellat pro homine porque

> a omissão do credor não deve determinar a mora do devedor, a qual só se verifica provando aquele que não conseguiu receber. É quesível a dívida de aluguéis. Se o credor não procura o devedor, é ele quem incorre em mora.

A regra, nesse caso, é que a obrigação deve ser cumprida no domicílio do devedor, e estando este domiciliado em outro país, *a priori*, não teria a jurisdição brasileira competência para processar a demanda.

Ocorre que a interpretação da caracterização da obrigação alimentar em quesível ou portável deve ser feita dentro do contexto da sistemática jurídica, que confere proteção ao alimentando, indicando normas que protegem o credor, consubstanciando que a natureza dessa obrigação impõe o domicílio do credor como local de cumprimento da prestação.

Tal fato pode ser corroborado diante da disposição do Código de Processo Civil, quando, dentro do critério territorial, indica o foro do alimentando como competente para processar e julgar a ação de alimentos, *ex vi* do disposto no art. 100, II do referido diploma.

Acrescente que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, estende a aplicação do referido dispositivo, que em regra seria para as ações cognitivas, também para as situações de crise de satisfação, quando o próprio diploma já indica qual seria o juízo responsável pela execução, conforme o art. 475-P e 575 do Código de Processo Civil, sendo que essa assertiva pode ser observada na ementa a seguir transcrita:

> CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. HABEAS CORPUS. ALIMENTOS. COMPETÊNCIA.
> DOMÍCILIO OU RESIDÊNCIA DO ALIMENTADO. SÚMULA N.º 309/STJ. DILAÇÃO PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA.
> 1. A teor do Enunciado Sumular n.º 309/STJ, é legítima a prisão civil do devedor de alimentos, quando fundamentada na falta de pagamento de prestações vencidas nos três meses anteriores à propositura da execução, ou daquelas vencidas no decorrer do referido processo.
> **2. Consoante a jurisprudência sedimentada desta Corte Superior, o foro competente para execução**

> **de alimentos é o foro do domicílio ou residência do alimentando, ainda que a sentença exequenda tenha sido proferida em foro diverso.**
> 3. O remédio heroico, por possuir cognição sumária, não comporta a aprofundada análise de material fático-probatório, tal como a suposta incompetência do juízo da execução em razão da efetiva residência do menor, a possível imprestabilidade do título executivo ou a capacidade financeira do alimentante em prosseguir no pagamento da pensão alimentícia, a qual deve ser aferida na via apropriada, como a revisional de alimentos ou a própria execução (v.g.: HC 29.443/SC, Rel. Min. BARROS MONTEIRO, DJ de 12.04.2004 e HC 14.403/CE, Rel. Min. ALDIR PASSARINHO JUNIOR, DJ de 15.04.2002) 4. Ordem denegada.
> 4. (HC 184.305/GO, Rel. Ministro VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS), TERCEIRA TURMA, julgado em 17/03/2011, DJe 22/03/2011). Grifo Nosso

Nesse jaez, pode-se concluir que a natureza da verba alimentar, frente à clara proteção conferida pelo sistema jurídico e jurisprudência, impõe uma evidente característica de obrigação portável, fato que atrai a competência da autoridade judiciária brasileira para processar e julgar a ação de alimentos internacionais estando o devedor domiciliado fora do Brasil, na medida em que a obrigação deve ser cumprida aqui, *ex vi* do disposto no art. 88, II do CPC.

Considerada a competência da autoridade brasileira, parte-se para um segundo aspecto no plano interno, quanto à aplicação da Convenção de Nova York, e qual o órgão jurisdicional seria competente para processar e julgar esse tipo de ação.

Relevante, nesta fase, tecer alguns comentários com relação à Convenção de Nova York, em especial, quanto às figuras da autoridade remetente e instituição intermediária, e o procedimento por ela indicado.

Sempre que o credor de alimentos estiver domiciliado no país que ratificou a Convenção de Nova York, poderá utilizar a legislação pátria a fim de constituir o título, ou se utilizar da Convenção para a constituição da obrigação por meio da jurisdição do país onde o devedor encontra-se

domiciliado.

Nesse diapasão, importantes as funções desempenhadas pela autoridade remetente e instituição intermediária, que cada país, no momento do depósito da ratificação, devem informar, uma vez que estas irão dimensionar a efetivação dos alimentos no plano da referida Convenção.

O procedimento funciona em um sistema de cooperação, consistente na entrega por parte do demandante, credor dos alimentos, dos elementos essenciais à propositura da demanda à autoridade remetente, que fica responsável em indicar todos os pressupostos para o processamento do feito em solo estrangeiro no qual o devedor encontra-se domiciliado.

Uma vez reunidos todos esses elementos, a autoridade remetente encaminha a documentação à instituição intermediária, que funcionará como substituto processual da parte para processamento e julgamento da ação de alimentos no local onde o devedor se encontra.

Tal fato, pode ser retirado da disposição do art. VI, inciso 1 da referida Convenção, conforme redação a seguir:

> Art. VI Funções da Instituição Intermediária.
> 1. A Instituição Intermediária, atuando dentro dos limites dos poderes conferidos pelo demandante, tomará, em nome deste, quaisquer medidas apropriadas para assegurar a prestação de alimentos. Ela poderá, igualmente, transigir e, quando necessário, iniciar e prosseguir uma ação alimentar e fazer executar qualquer sentença, decisão ou outro ato judiciário.

No Brasil, a Procuradoria Geral da República funciona como autoridade remetente e instituição intermediária, sendo que, neste caso, a competência para processar e julgar os alimentos será da Justiça Federal, conforme determina o art. 26 da Lei 5.478/68.

Deve-se, contudo, atentar para a função que a Procuradoria Geral da República está a exercer, pois, somente enquanto instituição intermediária é que atrairá a competência para a Justiça Federal, sendo que, nas outras situações, permanece a competência com a Justiça Comum Estadual. Tal fato pode ser observado pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

> CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO REVISIONAL DE ALIMENTOS. ALIMENTANDO RESIDENTE NO EXTERIOR. CONVENÇÃO DE NOVA IORQUE. ATUAÇÃO DA PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA COMO INSTITUIÇÃO INTERMEDIÁRIA. INOCORRÊNCIA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL.
> 1. **A tramitação do feito perante a Justiça Federal somente se justifica nos casos em que, aplicado o mecanismo previsto na Convenção de Nova Iorque, a Procuradoria-Geral da República atua como instituição intermediária**. Precedentes.
> 2. No caso dos autos, é o devedor de alimentos que promove ação em face do alimentando, buscando reduzir o valor da pensão alimentícia, o que demonstra a não incidência da Convenção sobre a Prestação de Alimentos no Estrangeiro.
> 3. Conflito de competência conhecido para declarar a competência do Juízo de Direito da Vara de Pilar do Sul - SP.
> (CC 103.390/SP, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 23/09/2009, DJe 30/09/2009). Grifo Nosso.
>
> COMPETÊNCIA. CONFLITO NEGATIVO.
> A AÇÃO DE ALIMENTOS PROPOSTA NO BRASIL, RESIDINDO O DEVEDOR EM OUTRO PAÍS, E DA COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL.
> UNANIME.
> (CC 7.494/RJ, Rel. Ministro FONTES DE ALENCAR, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 27/04/1994, DJ 23/05/1994, p. 12538).

Encontra-se uma situação em que a Justiça Federal irá atuar no plano do direito de família, justamente quando o credor de alimentos encontra-se em solo estrangeiro, e se utiliza da autoridade remetente de seu país, que encaminha os elementos de prova para a instituição intermediária onde o devedor se encontra, no caso, o Brasil, que é a Procuradoria Geral

da República, e sendo o caso de ter fatores suficientes de prova, ajuíza a ação de alimentos perante a Justiça Federal.

É necessário gizar que a Convenção de Nova York é aplicada em favor do credor de alimentos, não podendo o devedor se utilizar de seu procedimento para ajuizar demandas que teria legitimidade.

Optando o credor de alimentos pela jurisdição brasileira, e estando o devedor em um dos países que ratificou a Convenção, as cartas rogatórias devem ser dirgidas à Procuradoria Geral da República, que é o órgão responsável em intermediar o cumprimento do ato processual. Em outras situações, a carta deve ser dirigida ao Ministério da Justiça.

O principal objetivo da Convenção de Nova York foi justamente mitigar os efeitos da ineficácia dos títulos judiciais que condenavam o alimentante a uma obrigação dessa natureza, e que não recebiam o *exequatur* da autoridade estrangeira para que pudessem ter a plena efetividade.

Tal fato, porém, ainda não trouxe a máxima efetividade que se espera desse tipo de obrigação, uma vez que muitos países ainda não o ratificaram, a exemplo dos Estados Unidos, o que torna a tarefa de efetivação do direito humano árdua, e carregada por características de morosidade e dependência.

A garantia de assistência material é encarada como direito humano, sendo objeto de alguns tratados internacionais, a exemplo do Pacto de São José da Costa Rica, da Convenção de Nova York e Da Convenção Interamericana sobre Obrigação Alimentar, todos eles com nítido caráter de efetivação desses direitos, com uma interpretação transcendente às multiculturas dos países envolvidos, com o fito de atingir a universalidade, essência de todo o direito humano.

A título desse intercâmbio cultural, cita Habermas, (apud MAIA, p. 94) :

> Tomemos como exemplo os direitos humanos. Apesar de sua origem europeia, eles representam hoje a linguagem universal no âmbito da qual as relações de intercâmbio global são reguladas normativamente. Ela constitui a única linguagem na Ásia, na África e na América do Sul, na qual os oponentes e as vítimas de regimes assassinos e de guerras civis conseguem levantar a sua voz

> contra a violência, a repressão, a perseguição e o desrespeito à sua dignidade humana. Porém, na medida em que os direitos humanos são aceitos como uma linguagem transcultutral, agudizou-se, nas diferentes culturas, a disputa acerca de sua correta interpretação. E uma vez que esse discurso intercultural sobre os direitos humanos é conduzido pelos critérios do reconhecimento recíproco, ele pode levar uma compreensão descentrada de uma construção normativa, inclusive dos europeus, que deixa de ser aos poucos propriedade da cultura europeia.

O centro do conteúdo da obrigação alimentar tem como princípio estruturante a dignidade da pessoa humana, que tem posição alicerçante em nosso sistema jurídico, tanto que a relação jurídica material tem um tratamento especial, com normas de características protetivas ao alimentando, mas que no plano internacional tem um ponto destonante, e muitas das vezes incompreensível pelo jurisdicionado, alheio aos critérios técnicos que envolvem o direito internacional.

A opção pela jurisdição brasileira para os alimentos internacionais quando o credor se encontra em território nacional deve pressupor uma rígida avaliação pelo advogado do demandante, na medida em que a efetividade do título, em muitas das vezes, encontra obstáculo na soberania do país no qual o devedor se encontra, e é justamente a intenção da Convenção de Nova York ultrapassar essa barreira, mediante a constituição do título no país onde o demandado está.

Afora a questão de ordem jurisdicional, não há meios para a otimização da comunicação entre os órgãos envolvidos para a rápida solução da cizânia, até mesmo dentro do Brasil. Em um mundo com avanços tecnológicos constantes, não é mais admissível a transmissão da Carta Rogatória aos órgãos remetentes, seja a Procuradoria Geral da República, ou o Ministério da Justiça, por meio de um sistema tradicional dos correios.

A disponibilidade de outras ferramentas, que permitem um maior intercâmbio entre os órgãos já deveria ter sido implantada, como já se observa em outras situações, a exemplo do BACEN JUD, RENAJUD, INFOJUD, enfim, há uma necessidade real de criação de um sistema

que venha a promover a rápida comunicação entre os órgãos em sede de Cartas Rogatórias, em especial, para o caso dos alimentos internacionais, cuja morosidade já é assente frente à peculiaridade do caso, cabendo aos órgãos brasileiros diretamente envolvidos minimizar esse impacto.

Nesse diapasão, embora a Convenção de Nova York tenha um objetivo voltado à centralização da necessidade alimentar como direito humano, calcado pela universalidade, e com funcionalidade evidente, resta nítida a cooperação dos países para a consecução de novas formas de efetivação desse direito, garantindo a plena satisfação da assistência material à sobrevivência humana.

THE EFFECTIVENESS OF INTERNATIONAL FOODS

ABSTRACT: This article discusses the international foods under the New York Convention, promulgated by Decree Law nº 56.826 of september 2, 1965, a brief analysis on the maintenance obligation an the means to resolve the crisis of satisfaction. There is a perquisition about competition from jurisdictions with an emphasis on the character of the portable maintenance, in order to show the competence of the Brazilian legal authority to adjudicate such demand, revealing the benefits of using the International Treaty an the functions of authority sender and intermediary institution. For last, reveals the characteristic of food as a human right, with interpretation that transcends different cultures involved in international relations, fostering their universality, and the need for a perfomance of agencies directly involved in order to optimize the effectiveness of this right in internationally.

KEYWORDS: Food. Duty an jurisdiction.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 4. ed. São Paulo: RT, 2007.

GOMES, Orlando. *Obrigações*. Rio de Janeiro. Forense. 1996.

TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil:* volume único. São Paulo: Método, 2011.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; MORAES, Maria

Celina Bondin. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. 2. ed. Revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
MAIA, Antônio Cavalcanti. Acerca dos direitos humanos e o diálogo intercultural In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (orgs.). *Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. P. 89-100.
VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*: direito de família. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

CASAMENTO CIVIL E UNIÃO HOMOAFETIVA

Raquel Santos de Santana[*]

RESUMO: O presente artigo trata da impropriedade estabelecida quando do julgamento da ADPF 132, ao dar, o STF, interpretação conforme a Constituição ao artigo 1723 do Código Civil, riscando as expressões "homem" e "mulher" do referido dispositivo por serem discriminatórias. Logo, retirando-se as expressões homem e mulher do dispositivo, o instituto da união estável passa a ser aplicado à união homoafetiva com todas as suas disposições, ou seja, sem restrições, inclusive com a possibilidade de sua conversão em casamento, estando os demais órgãos do Poder Judiciário vinculados a esta decisão pela eficácia *erga omnes* e efeito vinculante. Nesse toar, o Poder Judiciário findou por legislar, descaracterizando o instituto da união estável entre homem e mulher, preexistente e disciplinado pela Constituição Federal, com o fito de reconhecer novas entidades familiares, e afrontou a intenção do legislador constituinte, pois, tratando a união homoafetiva como se fosse união estável entre homem e mulher, o STF distorceu o comando constitucional do artigo 226 § 3º sem observar a técnica e os limites constitucionais. Diante dessa celeuma, o presente artigo traz a solução jurídica mais adequada para a declaração da união homoafetiva, e também para os casos de pedido de autorização para habilitação e celebração de casamento civil entre pessoas do mesmo sexo, aliando a técnica jurídica à efetivação dos direitos do cidadão.

PALAVRAS-CHAVE: União. Casamento. Homoafetiva.

A união homoafetiva foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal através da ADPF 132, recebida como ação direta de inconstitucionalidade, cujo julgamento, **com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante**, consistiu em dar uma interpretação conforme a Constituição ao artigo 1723 do Código Civil, no sentido de riscar as expressões "homem" e "mulher" do

[*] Bacharela em Direito pela Universidade Tiradentes - UNIT/SE, especialista em Direito Público pela UNIDERP/LFG, aprovada pela OAB/SE, Técnico Judiciário do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe.

referido dispositivo por serem discriminatórias, o que possibilitou sua aplicação ao instituto da união homoafetiva.

O artigo 1723 do Código Civil dispõe que: "É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família". Logo, retirando-se as expressões homem e mulher do dispositivo, o instituto da união estável passa a ser aplicado à união homoafetiva com todas as suas disposições, ou seja, sem restrições, inclusive a possibilidade de sua conversão em casamento, estando os demais órgãos do Poder Judiciário vinculados a esta decisão.

Sobre o tema, os votos dos Ministros Gilmar Mendes, Cézar Peluso e Ricardo Lewandowski foram no sentido de reconhecer a união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, porém distinta da união estável entre homem e mulher regulamentada pelo Código Civil, aplicando-se, no que couber, as regras deste último instituto, à exceção dos dispositivos que exigirem a diversidade de sexos, até que o Poder Legislativo regulamente o instituto da união homoafetiva expressamente.

Merece destaque o voto do Ministro Lewandowski, pois, de fato, o legislador constituinte, no artigo 226, apenas reconheceu como entidade familiar aquelas famílias decorrentes de casamento civil, de união estável entre homem e mulher, e a monoparental, formada por qualquer dos pais e seus descendentes, ficando excluída da proteção do Estado a relação porventura existente entre pessoas do mesmo sexo.

Nesse contexto, a legislação infraconstitucional veio apenas a repetir a ideia e regulamentar o que foi prescrito pela Constituição Federal em seu artigo 226 § 3º, estabelecendo o Código Civil, em seu artigo 1723, que a união estável deve ser entre o homem e a mulher, não podendo haver supressão de expressão pelo STF, sob pena de mudar o sentido da norma, confundindo institutos distintos apesar de semelhantes, e de o STF usurpar a competência típica do Poder Legislativo, regulamentando matéria nova, ou seja, criando uma nova regra, tudo isso em face de uma norma que repete passagem do próprio texto constitucional.

A técnica de decisão denominada interpretação conforme a Constituição somente é possível quando a norma apresentar vários significados, sendo uns compatíveis com a Constituição e outros com ela incompatíveis. Assim, o STF pode dizer que a norma é constitucional se interpretada de uma única forma, eliminando as interpretações

inconciliáveis, ou pode dizer que a lei é constitucional se interpretada pelas formas x, y ou z, exceto por uma única que seria incompatível com a Constituição e que fica, portanto, eliminada (ALEXANDRINO, 2011, p.773).

Também pode haver a redução de texto, declarando a inconstitucionalidade de determinada expressão do texto legal, o que possibilitaria uma interpretação compatível com a Constituição (MORAES, 2007, p.12).

Dessa forma, não será cabível a interpretação conforme a Constituição quando a norma possuir apenas um sentido, não podendo o STF funcionar como legislador positivo, criando um novo texto legal (MORAES, 2007, p.12).

O STF optou por essa última modalidade, a de interpretação conforme a Constituição com redução de texto, já que foram suprimidas do dispositivo legal as expressões homem e mulher. Ocorre que, no caso da norma infraconstitucional que regula a união estável entre homem e mulher há justamente um único sentido e este é completamente compatível com a atual Constituição Federal, e a redução de texto efetuada com a decisão da ADPF 132 proporcionou o efeito reverso de afrontar o texto constitucional, na medida em que descaracterizou o instituto da união estável, admitindo uma nova entidade familiar como união estável e criou um novo texto legal, sendo que a Constituição Federal não reconhece como união estável a união homoafetiva por liberalidade de votação entre os constituintes e, via de consequência, usurpou a competência legislativa do Congresso ao atuar como legislador positivo.

É certo que, na qualidade de cidadãos com opção sexual distinta da comum que por tanto tempo se perpetuou como a mais correta, os homossexuais se veem em situação de desigualdade criada pela norma constitucional que se furtou ao reconhecimento da relação homoafetiva como entidade familiar, em tom meramente discriminatório e aniquilador do direito de indivíduos que se encontram em situação de igualdade formal garantida, em outras linhas, pela própria Constituição Federal, já que "Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza".

Porém, o Poder Judiciário não pode legislar descaracterizando institutos preexistentes e disciplinados pela Constituição Federal, como a união estável entre homem e mulher, em virtude do reconhecimento de novas entidades familiares, mudando o sentido da norma infraconstitucional

civil e, pior, afrontando a intenção do legislador constituinte, pois, tratando a união homoafetiva como se fosse união estável entre homem e mulher, o STF está distorcendo o comando constitucional do artigo 226 § 3º para, forçosamente, atribuir direitos a uma classe pela ausência de regulamentação formal sem observar a técnica e os limites constitucionais.

A partir de uma análise do corpo da Constituição, verifica-se que o propósito da Constituição Federal é eminentemente cristão, tanto é que foi promulgada "sob a proteção de Deus", como consta em seu preâmbulo, apesar de o Brasil se intitular um país leigo, laico ou não confessional nos moldes do artigo 19, inciso I da CF, daí porque, embora o STF possa efetivar o reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar, sua inclusão no instituto da união estável somente pode decorrer de emenda à Constituição, sob pena de afronta à cláusula pétrea que se refere à separação dos poderes insculpida no artigo 60, § 4º, inciso III da CF.

Observa-se, inclusive, no voto do Ministro Ricardo Lewandowski, passagem transcrita sobre o debate na Assembleia Constituinte a esse respeito, no qual ficou mais do que esclarecida a intenção dos constituintes da época de evitar qualquer interpretação distinta daquela referente à impossibilidade de proteção às relações formadas entre pessoas do mesmo sexo a título de união estável.

Leia-se a transcrição do debate acima referido:

> **O SR. CONSTITUINTE GASTONE RIGHI**: - Finalmente a emenda do constituinte Roberto Augusto. É o art. 225 (sic), § 3º. Este parágrafo prevê: 'Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre homem e mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento'
>
> Tem-se prestado a amplos comentários jocosos, seja pela imprensa, seja pela televisão, com manifestação inclusive de grupos gaysés do País, porque com a ausência do artigo poder-se-ia estar entendendo que a união poderia ser feita, inclusive, entre pessoas do mesmo sexo. Isto foi divulgado, por noticiário de televisão, no showástico, nas revistas e jornais. O bispo Roberto Augusto, autor deste parágrafo, teve a preocupação de deixar bem definido, e se no §: 'Para efeito de proteção do Estado, é reconhecida

> a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar a sua conversão em casamento' – Claro que nunca foi outro o desiderato desta Assembleia, mas, para se evitar toda e qualquer malévola interpretação deste austero texto constitucional, recomendo a V. Exa. Que me permitam aprovar pelo menos uma emenda.
> **O SR. CONSTITUINTE ROBERTO FREIRE:** - Isso é coação moral irresistível.
> **O SR. PRESIDENTE (ULISSES GUIMARÃES):** - Concedo a palavra ao relator.
> **O SR. CONSTITUINTE GERSON PERES:** - A Inglaterra já casa homem com homem há muito tempo.
> **O SR. RELATOR (BERNARDO CABRAL):** - Sr. Presidente, estou de acordo.
> **O SR. PRESIDENTE (ULISSES GUIMARÃES):** - Todos os que estiverem de acordo permaneçam como estão. **(Pausa)**. Aprovada **(Palmas)**.

Nesse diapasão, não há como prosperar a interpretação do STF no sentido de que a dualidade homem/mulher mencionada no texto constitucional serviria para afirmar a horizontalidade das relações jurídicas, ou seja, a ausência de hierarquia entre homem e mulher, desvencilhando-se do caráter patriarcal antes predominante na entidade familiar.

Destarte, o STF não pode se furtar ao reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar, pois, na condição de guardião da Constituição, há que se voltar para a efetivação do fundamento maior do texto constitucional que é a dignidade da pessoa humana, não podendo se permitir que a Lei maior faça discriminações em função da orientação sexual do indivíduo nos dias atuais e sob a égide de um Estado Democrático de Direito.

Nesse contexto, a solução judicial para o caso concreto a ser dada pelo STF, *data maxima venia,* deveria pautar-se no reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar e aplicar, por analogia, os preceitos estabelecidos para a união estável quanto ao regime/partilha de bens e alimentos, enquanto a lei não dispuser sobre a matéria, ao invés

de misturar os institutos da união estável e da união homoafetiva, como de fato foi feito, sob pena de incidir em afronta ao texto constitucional.

Essa decisão do STF gerou ainda reflexos em outro instituto, de cunho bastante conservador, que é o casamento civil, pois, se união estável e união homoafetiva possuem o mesmo tratamento, e a primeira pode ser convertida em casamento civil, razões inexistem para que se proceda da mesma forma em relação à segunda. Isso, por óbvio, segundo a decisão do STF proferida na ADPF 132 com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante.

Inclusive, cabe registrar que a *V Jornada de Direito Civil* realizada pelo Centro de Estudos Judiciários (CEJ) do Conselho da Justiça Federal (CJF) concluiu, no Informativo 525, que "é possível a conversão de união estável entre pessoas do mesmo sexo em casamento, observados os requisitos exigidos para a respectiva habilitação".

Porém, no que tange ao casamento civil, a Constituição Federal faz limitação idêntica ao se reportar, no artigo 226 § 5º, que "os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher".

Por outro lado, dispõe o artigo 1.514 do Código Civil que "O casamento se realiza no momento em que o homem e a mulher manifestam, perante o juiz, a sua vontade de estabelecer vínculo conjugal, e o juiz os declara casados", restringindo por completo a possibilidade de celebração de casamento civil entre pessoas do mesmo sexo.

Feita tal explanação, é patente a existência de óbice constitucional e legal para a celebração do casamento civil entre pessoas do mesmo sexo, na medida em que a Constituição Federal prevê a realização do casamento civil apenas para homem e mulher e, da mesma forma, o Código Civil, que restringe a celebração do casamento apenas entre homem e mulher, surgindo um conflito entre os dispositivos e a decisão proferida pelo STF que passou a admitir, *via reflexa*, a conversão da união homoafetiva/estável em casamento civil. De um lado, a união homoafetiva pode ser convertida em casamento civil, de outro, o casamento civil não pode ser celebrado diretamente, sem a utilização da via da conversão da união, por óbices constitucional e legal.

Em relação ao casamento civil, a intenção do legislador constituinte também é bastante clara ao atribuir direitos e deveres dentro da sociedade conjugal para o homem e para a mulher e, se fez a restrição para o instituto menos formal que é a união estável, que dirá em relação ao instituto

formal do casamento civil. E mais, o STF nada pronunciou a esse respeito.

Diante dessa celeuma, qual a solução jurídica mais adequada em caso de pedido de autorização para habilitação e celebração de casamento civil entre pessoas do mesmo sexo?

A primeira hipótese seria a de deferimento do pedido, utilizando o mesmo ensinamento proposto pelo Supremo Tribunal Federal ao julgar a ADPF 132, ao reconhecer a união homoafetiva como entidade familiar, no sentido de que "A referência constitucional à dualidade básica homem/mulher, (…), deve-se ao centrado intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das sociedades domésticas. Reforço normativo a um mais eficiente combate à renitência patriarcal dos costumes brasileiros", e declarar a inconstitucionalidade do artigo 1514 do Código Civil em sede de controle difuso de constitucionalidade por constituir óbice ao deferimento do pedido, sob o fundamento da dignidade da pessoa humana.

Essa primeira hipótese torna-se possível em virtude de o STF ter admitido, *via reflexa,* e com eficácia erga omnes e o efeito vinculante, a possibilidade de conversão de união homoafetiva em casamento ao igualar os institutos da união estável e da união homoafetiva, ambos submetidos hoje às mesmas regras.

A segunda hipótese seria a de indeferimento da inicial, nos termos do artigo 295, inciso I *caput* e § único, inciso III do CPC, tendo em vista que a petição inicial é inepta por impossibilidade jurídica do pedido, já que há vedação expressa à pretensão do autor, tanto pelo artigo 226 § 5º da CF, como pelo artigo 1514 do Código Civil.

Dessa forma, para que seja mantida a segurança jurídica do ordenamento e das decisões, é necessária a utilização de técnica jurídica pelo operador do direito, com ênfase para os limites constitucionais e legais e para a separação dos Poderes.

A melhor técnica jurídica a ser utilizada pelo operador do direito é a de que, havendo regra com vedação expressa ao pedido, deve ser fundamentado o seu afastamento, pois a regra, espécie do gênero norma, deve ser analisada a partir do requisito da validade, logo, ou a regra é válida e deve ser aplicada e cumprida, ou a regra não é válida e deve ser extirpada do ordenamento jurídico, diferentemente do que ocorre com os princípios, que possuem diversos graus de concretização

e variam em razão da situação fática ou jurídica, podem coexistir ainda que antagônicos e são balanceados de acordo com o peso ou valor (CANOTILHO, 2000, p.1181).

Também não se deve invadir a esfera de atuação dos demais poderes sob a alegação da prática do ativismo judicial, pois, como já dizia Montesquieu, "(...) tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo dos principais ou dos nobres, ou do povo, exercesse esses três poderes: o de fazer leis, o de executar as resoluções públicas, e o de julgar os crimes ou as divergências dos indivíduos"[1].

Nesse contexto, o ativismo judicial vem assumindo um papel passível de crítica, na medida em que o Poder Judiciário tende a atuar de forma positiva nas demandas não satisfeitas pelo Poder Legislativo, manifestando-se por meio das seguintes condutas bem definidas pelo ilustre Jurista Luís Roberto Barroso:

> (i) aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.

É inegável que o operador do direito deva interferir de forma construtiva na aplicação da lei, até mesmo pela necessidade de interpretação de leis de conteúdo aberto cuja indeterminação advém do próprio direito, mas daí a legislar de forma plena descaracterizando institutos jurídicos já definidos pela Constituição Federal, é lamentável.

O ativismo judicial deve ser uma exceção à regra da contenção do avanço do Judiciário sobre a política, servindo apenas para garantir o exercício da democracia e dos direitos fundamentais e evitando, assim, danos à sociedade por conta da omissão do legislador. Vale ressaltar que é imprescindível que a decisão seja bem fundamentada dentro dos parâmetros constitucionais, pois é isso que irá limitar a interpretação e legitimar essa função jurisdicional excepcional (BARROSO, *on line*).

Assim, ao operador do direito são admitidos como referenciais

para a solução jurídica de uma situação inédita, sobre a qual inexiste regulamentação pelo Pode Legislativo, a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito, que devem ser utilizados dentro dos parâmetros estabelecidos pela Constituição, o que servirá de fundamento e legitimará a solução que melhor garanta o direito pretendido, sem distorções, invenções livres ou mesmo falta de técnica jurídica, podendo, quando muito, potencializar comandos constitucionais, a fim de obter uma interpretação extensiva.

CIVIL MARRIEGE AND UNION HOMOAFETIVA

ABSTRACT: This article deals with the impropriety established when the trial ADPF 132, to give the Supreme Court, interpreting the Constitution according to Article 1723 of the Civil Code, by deleting the words "man" and "woman" of the device to be discriminatory. Therefore, removing the male and female expressions of the device, the Office of the stable shall be applied to the union homoafetiva with all its provisions, ie, without restrictions, including the possibility of its conversion into marriage, the others being organs of the judiciary bound by this decision by the erga omnes effect and binding effect. In Toar, the Judiciary ended by legislating, the institute descaracterizando stable union between man and woman, preexisting and disciplined by the Constitution, with the aim of recognizing new family entities, and defied the intent of the constitutional legislator therefore treating the union homoafetiva as if it were a stable union between man and woman, the Supreme Court distorted the constitutional command of Article 226 § 3 without observing the technical and constitutional limits. Given this stir, this paper gives a legal solution most appropriate for the statement homoafetiva Union, and also in case of application for license and celebration of civil marriage between persons of the same sex, combining the technical realization of the legal rights citizen.

KEYWORDS: Wedding. Marriage. Affective union.

Notas

[1] Montesquieu, Charles de Secondat Baron de. *O Espírito das Leis*. São Paulo: Marins Fontes, 1993, p.181

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo e PAULO, Vicente. *Direito Constitucional Descomplicado*. 7. ed. São Paulo: Editora Método, 2011.
BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. Disponível em: http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf. Acesso em 9 de maio de 2012.
CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição.* 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.
MONTESQUIEU, Charles de Secondat Baron de. *O Espírito das Leis*. São Paulo: Marins Fontes, 1993.
MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 21. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2007.

REPERCUSSÃO GERAL - FILTRO RECURSAL?

Ivana Melo Dantas*

RESUMO: A redação do § 3º do artigo 102 da Constituição Federal, introduzido pela Emenda Constitucional nº 45/04, condicionou a admissibilidade do recurso extraordinário a um requisito antes inexistente que é a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso. Essa nova exigência é muito semelhante à arguição de relevância que houve no passado e tem o nítido objetivo de reduzir a quantidade dos recursos extraordinários a serem julgados pelo Supremo Tribunal Federal, fazendo com que esta Corte somente se ocupe de casos de interesse geral, cuja decisão possa ser útil a uma grande esfera de pessoas. O Tribunal somente poderá negar essa repercussão, fechando o caminho para o exame do extraordinário, quando, nesse sentido, manifestarem dois terços de seus membros, ou seja, ao menos oito Ministros deverão rejeitar o recurso. Desse modo, as decisões sobre repercussão geral serão tomadas em Plenário para poder chegar ao *quorum* indicado pela Carta Magna. Sendo assim, os reformadores estiveram conscientes de que a maior debilidade do Poder Judiciário brasileiro, em sua realidade atual, está em sua inaptidão a oferecer uma justiça em tempo razoável. Espera-se, com a repercussão, acelerar a tutela jurisdicional e atenuar as lastimáveis demoras, ao menos, no âmbito dos julgamentos recursais na Suprema Corte.

PALAVRAS-CHAVE: Repercussão. Extraordinário. Supremo.

1. INTRODUÇÃO

Uma grande inovação da Reforma do Poder Judiciário com a Emenda Constitucional nº 45/04 foi a exigência de demonstração de repercussão geral no recurso extraordinário. O novo texto constitucional acrescentou o § 3º ao art. 102 da Constituição Federal que trouxe a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso como requisito para a

* Bacharela em Direito, pós-graduada em Direito Processual: Grandes Transformações, servidora pública do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe.

admissibilidade do referido recurso.

No âmbito infraconstitucional, a Lei 11.418/06 alterou o Código de Processo Civil e regulamentou a repercussão geral. E, ainda, a Emenda Regimental nº 21, de 30 de abril de 2007 modificou o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, adaptando-o ao novo instituto.

Apesar de ser tratada como inovação, havia, antes da Carta Magna de 1988, um requisito similar à repercussão geral, denominado arguição de relevância. Esta era exigida pelo art. 308 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (redação dada pela Emenda Regimental nº 3, de 12/06/75), o qual, por sua vez, estava autorizado pela Constituição então vigente a complementar a disciplina constitucional dos requisitos de admissibilidade do recurso extraordinário (CF/67, redação dada pela Emenda Constitucional nº 1, art. 119, § 1º).

Naquele tempo, era inexistente o recurso especial. Então, o recurso extraordinário versava tanto matéria constitucional como infraconstitucional. Diferentemente do que sucede atualmente, apenas o recurso extraordinário fundado em matéria infraconstitucional estava condicionado a tal pressuposto e não o que fosse interposto com fundamento em infração à Constituição Federal.

Hoje se dá exatamente o contrário, porque o recurso em matéria infraconstitucional (o recurso especial) não depende da repercussão geral e o recurso em matéria constitucional (recurso extraordinário), sim.

A exigência de demonstração da repercussão geral da questão constitucional no recurso extraordinário é requisito de admissibilidade recém-incorporado ao ordenamento. Sua presença indica que o recurso merece ser analisado, mas, evidentemente, não dispensa a concorrência dos demais requisitos de admissão e, muito menos, traz a garantia de que o recurso extraordinário será provido.

Quanto aos limites do órgão *a quo* na verificação da repercussão geral, poderá este negar seguimento ao recurso extraordinário se a parte não cumprir o ônus da demonstração, ou seja, se não declinar, formal e fundamentadamente, a existência do requisito. O que não se permite é a análise da presença efetiva da repercussão geral, pois, o texto constitucional determina que a recusa deve se dar por dois terços dos membros do STF e a lei é expressa em cometer ao Pretório Excelso o exame da questão.

Muito embora haja subjetividade em seu conceito, deve ser levada

em consideração uma perspectiva externa no tocante à exacerbada importância econômica, política, social ou jurídica das questões suscitadas em sede de recurso extraordinário, relevância tal que ultrapassa os interesses subjetivos das partes.

Sendo assim, antes de expor as razões de mérito, a parte recorrente deve, preliminarmente, além de demonstrar outros requisitos como o cabimento e o prequestionamento, apresentar a repercussão geral do recurso. No entanto, negada a existência da repercussão, a decisão valerá para todos os recursos sobre matéria idêntica, que serão indeferidos liminarmente, medida que tende a descongestionar a Suprema Corte.

Tratando-se de recursos com fundamento em idêntica matéria, o tribunal de origem seleciona um ou mais que serão encaminhados ao Supremo, sobrestando os demais até o pronunciamento definitivo da Corte. Inegável afirmar que a real intenção do legislador é diminuir o número de recursos a serem julgados pelo colegiado, de forma a acelerar a prestação jurisdicional.

Portanto, em vez de fazer com que idênticos recursos interpostos fiquem aguardando uma solução do STF, a ideia principal da repercussão geral é filtrar os recursos extraordinários que serão analisados pelo Supremo e promover a celeridade do julgamento recursal. Desta feita, não persistirão problemas reais em casos semelhantes.

2. ASPECTOS RELEVANTES DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45/04

Na tentativa de solucionar a "crise" do Poder Judiciário, a Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004, responsável pela chamada "Reforma do Poder Judiciário", introduziu o § 3º ao artigo 102 da Constituição Federal de 1988, o qual prevê que "no recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros".

Na ementa do parecer emitido pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal sobre o projeto que resultou nessa Emenda Constitucional, consta somente que ela "introduz modificações na estrutura do Poder Judiciário". Entretanto, essa redação é enganosa,

haja vista que seu conteúdo substancial é, na realidade, muito mais amplo.

O conteúdo substancial da Reforma traz uma proposta de renovação na estrutura anatômica do Poder Judiciário, bem como nas regras de sua atuação. Além disso, gera instrumentos ágeis para um desempenho eficaz no acesso à justiça, mas também meios para coibir certas mazelas desse Poder, como atenuar as drásticas demoras. Com o intuito de acelerar a tutela jurisdicional, os reformadores foram conscientes de que é antidemocrática a concessão de decisões tardias quando, depois de angustiosa espera, sua utilidade já se encontra reduzida em muitos casos.

De fato, esclarece Humberto Theodoro Júnior[1]:

> Foi, sem dúvida, a necessidade de controlar e reduzir o sempre crescente e intolerável volume de recursos da espécie que passou a assoberbar o Supremo Tribunal a ponto de comprometer o bom desempenho de sua missão de Corte Constitucional, que inspirou e justificou a reforma operada pela EC nº 45.

Destarte, é indispensável adaptar os novos preceitos advindos com a emenda reformadora diante da necessária relação entre a Constituição Federal e a ordem processual, tendo em vista que o estudo sistemático do direito processual civil acaba sendo atingido pela Reforma. Com esse propósito, deve-se buscar a fidelidade ao que foi inserido na Lei Maior, a correta interpretação dos textos legais à luz dessas normas e uma sistematização coerente com a nova ordem superiormente estabelecida.

É, ainda, natural que uma Reforma Constitucional tenha relevante atuação sobre o sistema processual civil brasileiro, em razão da notória filiação do direito processual à Constituição Federal e da íntima relação existente entre os modos de exercício da jurisdição e a organização judiciária que abrange a estrutura e funcionamento dos organismos jurisdicionais. Assim sendo, a EC 45/04 atuou sobre a ordem processual com expressiva intensidade, ditando ao processo civil uma série de regras relevantes e tipicamente processuais.

Nesse diapasão, dentre as inovações advindas com a Reforma do Judiciário, a repercussão geral surge, no ordenamento jurídico, como mais uma condição a ser observada quando da admissibilidade do recurso extraordinário, além das já conhecidas. Dentre os vários requisitos

intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade dos recursos, tais como cabimento, legitimidade, interesse em recorrer, tempestividade, preparo e regularidade formal, caracterizam-se os apelos constitucionais – recurso especial e recurso extraordinário – por exigirem, além daqueles, outros requisitos específicos a fim de lograrem êxito no juízo prévio de admissibilidade.

Para que tais recursos sejam admitidos, faz-se necessário que o recorrente observe determinadas regras, tais como, a impossibilidade de reexaminar prova nas estreitas vias recursais ou de debater norma integrante do direito local em sede de recurso especial ou de recurso extraordinário. Exige-se, ainda, a existência de prequestionamento explícito do tema que se pretende levar a exame do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, a fim de que não ocorra a supressão de instância.

Tal inovação constitucional foi regulamentada pela Lei 11.418/06, que acrescentou ao Código de Processo Civil os artigos 543-A e 543-B. Além disso, a Emenda Regimental nº 21, de 30 de abril de 2007, completou a normatização da matéria, alterando a redação de diversos artigos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

Há tempos o STF encontra-se assoberbado de processos que aguardam julgamento. Por isso, um dos principais argumentos para essa inserção é estabelecer uma espécie de "barreira de contenção", acarretando uma sensível diminuição da carga processual do referido Tribunal.

A crise do STF em decorrência do excesso de processos faz protelar a decisão dos feitos sob seu julgamento. No intuito de desafogar o Supremo, visando maior celeridade e para diminuir sua densa carga de atividade jurisdicional, o recorrente deve demonstrar em seu recurso extraordinário a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, como uma questão a ser enfrentada antes mesmo da apreciação do próprio recurso.

Essa demonstração se impõe a todos os casos de interposição de recurso extraordinário, inclusive na forma retida, conforme dispõe o art. 542, § 3º do Código de Processo Civil, ou seja, deverá ser emitido o juízo de admissibilidade tanto no recurso extraordinário retido quanto no de subida imediata, bem como deverá também ser analisada a repercussão geral de ambos os recursos.

Desse modo, trata-se a repercussão geral de um "filtro recursal", já

que, sem esse mecanismo de filtragem, os Tribunais Superiores seriam verdadeiras terceiras entrâncias, postergando cada vez mais sua função inata, qual seja, emitir decisões paradigmáticas e orientadoras das instâncias inferiores em matéria de relevância nacional, o que de fato se efetiva através do § 3º do art. 102 da Carta Magna.

Ademais, o novo dispositivo constitucional impõe a repercussão geral tão somente ao recurso extraordinário para o Supremo, ficando o Superior Tribunal de Justiça desprovido dessa tendência restritiva em relação ao recurso especial, por falta de previsão legal.

Vale ressaltar que, antes da Reforma, era bastante nítida a distinção entre o recurso extraordinário como instrumento para o controle difuso da constitucionalidade das decisões, leis, tratados ou atos dos governos locais (art. 102, inciso III, letras *a* a *c* da CF) e o recurso especial como instrumento ao controle da legalidade infraconstitucional (art. 105, inciso III, letras *a* a *c*). Naquele tempo, a hipótese de cabimento de recurso especial da competência do Superior Tribunal de Justiça era contra acórdão que "julgar válida lei ou ato do governo local contestado em face de lei federal" (art. 105, inciso III, letra *b*).

Com a nova emenda, essa hipótese ficou cindida em duas: permaneceu no âmbito do recurso especial e portanto da competência do Superior Tribunal de Justiça a hipótese de decisão que "julgar válido *ato de governo local* contestado em face de lei federal" (art. 105, inciso III, letra *b*), mas foi transferida para o Supremo Tribunal Federal, pela via do recurso extraordinário, a hipótese de decisão que "julgar válida *lei local* contestada em face de lei federal" (art. 102, inciso III, letra *d*, redação dada pela EC nº 45/04). Em suma, o controle da legalidade de *ato* de governo local permanece no STJ, via recurso especial, mas o controle da legalidade de *lei* local passou a ser de cabimento do recurso extraordinário e, portanto, de competência do STF.

3. ARGUIÇÃO DE RELEVÂNCIA x REPERCUSSÃO GERAL

A exigência da análise da repercussão geral restabelece no ordenamento jurídico algo parecido à extinta "arguição de relevância" da questão federal, introduzida através do Regimento Interno do STF com a Emenda Regimental nº 3/75 que, com base na Emenda Constitucional nº 1/69, fez várias modificações no recurso extraordinário. Tal Emenda Regimental

extrapolava a permissão constitucional, uma vez que não havia previsão da possibilidade de o STF dispor em seu Regimento Interno sobre a restrição da admissibilidade do recurso em virtude da questão federal.

Em razão disso, a Emenda Constitucional nº 7/77 introduziu esse instituto à Constituição Federal de 1967 e, desse modo, não é novidade no Direito brasileiro, nos seguintes termos:

> Art. 119. (...)
> § 1º As causas a que se refere o item III, alíneas a e d, deste artigo (recurso extraordinário – nota nossa), serão indicadas pelo Supremo Tribunal Federal no regimento interno, que atenderá à sua natureza, espécie, valor pecuniário e relevância da questão federal.
> (...)
> § 3º O regimento interno estabelecerá:
> (...)
> c) o processo e o julgamento dos feitos de sua competência originária ou recursal e da arguição de relevância da questão federal.

Apesar da certa similitude, na arguição de relevância de outrora, a decisão do Supremo não precisava de motivação e, além disso, era proferida sob sigilo. Por seu turno, a decisão sobre a existência ou não da repercussão geral deve ser motivada, nos moldes do art. 93, inciso IX da Lei Maior, pública e com *quorum* qualificado para sua deliberação.

Nesse sentido, afirma Ernane Fidélis dos Santos[2]: "O julgamento da arguição de relevância era de ordem subjetiva, independia de qualquer fundamentação e não seguia qualquer critério informativo do que seria relevante para o interesse geral."

Por outro lado, vale destacar a seguinte explanação de Candido Rangel Dinamarco[3]:

> Essa exigência, muito semelhante a uma que já houve no passado (a arguição de relevância), tem o nítido objetivo de reduzir a quantidade dos recursos extraordinários a serem julgados pelo Supremo Tribunal Federal e busca apoio em uma razão de ordem política: mirando o exemplo da

> Corte Suprema norte-americana, quer agora a Constituição que também a nossa Corte só se ocupe de casos de interesse geral, cuja decisão não se confine à esfera de direitos exclusivamente dos litigantes e possa ser útil a grupos inteiros ou a uma grande quantidade de pessoas. Daí falar em repercussão geral - e não porque toda decisão que vier a ser tomada em recurso extraordinário vincule todos, com eficácia ou autoridade *erga omnes*, mas porque certamente exercerá influência em julgamentos futuros e poderá até abrir caminho para a edição de uma súmula vinculante.

No mesmo teor, dispõe Oscar Vilhena Vieira[4] que "a ideia de dar ao Supremo Tribunal Federal o poder de escolher – com certo grau de discricionariedade – as causas que julgará é da maior relevância. Afinal, a imensa maioria dos casos que chega à Corte já passou pelo duplo grau de jurisdição".

Em verdade, o instituto da arguição de relevância da questão federal, considerado como pressuposto de admissibilidade do recurso extraordinário, foi abolido com a promulgação da Carta Magna de 1988, surgindo, hodiernamente, a repercussão geral para suprir tal condição.

4. A REPERCUSSÃO GERAL

4.1 CONCEITO

O legislador pátrio não se preocupou em definir o termo "repercussão geral". Apenas afirma que, no recurso extraordinário, o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei e a Lei 11.418/06 que regulou o tema também foi omissa no tocante ao seu conceito.

Consoante lição de José Afonso da Silva[5], a norma contida no art. 102, § 3º do texto constitucional possui eficácia limitada, assim entendida como aquela que não produz, "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 do Estado."

Por outro lado, em se tratando de uma norma de eficácia limitada, gera insegurança jurídica aos jurisdicionados, uma vez que sequer estarão cientes de quais serão, de fato, os requisitos de admissibilidade de seus recursos, para se debater eventual questão constitucional que lhes é importante. Diante disso, não seria viável a existência de tal requisito constitucional para o recurso extraordinário num Estado Democrático de Direito. Contudo, não obstante a remissão à atuação legislativa, esta não está imune ao controle do próprio Supremo.

Nota-se que há necessidade de regulamentação legislativa para que haja a plena aplicabilidade dessa alteração constitucional que depende de regulamentação ulterior para ser utilizada. A EC nº 45/04 confia à lei os parâmetros iniciais do que é ou não relevante, o que conduz à conclusão de que se refere a uma norma carente de regulamentação, ou seja, norma de aplicabilidade mediata e eficácia limitada, até a edição da Lei 11.418, de 19 de dezembro de 2006. De toda sorte, os parâmetros trazidos pela lei serão paulatinamente concretizados pela jurisprudência da Corte Suprema, isto é, o Supremo terá ampla liberdade para analisar o caso.

Tem-se a repercussão geral como uma fórmula aberta. Sua regulamentação legal deixa ainda mais evidente a subjetividade e a discricionariedade do STF ao apreciar o que é ou não relevante, papel de uma Suprema Corte que exercita jurisdição constitucional.

No entanto, conforme o *caput* do art. 102 da Constituição Federal de 1988, compete ao STF, precipuamente, a guarda da Constituição, permitindo-lhe decidir politicamente as causas que vai ou não julgar. Trata-se de um mecanismo de delimitação das causas a serem julgadas pelo Supremo. Ora, sendo o STF o guardião da Constituição e sendo esta um texto político, por conseguinte, as decisões da Corte também têm caráter político.

Assim, afirmam Luiz Rodrigues Wambier, Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina[6]:

> Está-se, aqui, diante de um sistema de filtro, idêntico, sob o ponto de vista substancial, ao sistema da relevância, que faz com que ao STF cheguem exclusivamente questões cuja importância transcenda à daquela causa em que o recurso foi interposto. Entende-se, com razão, que, dessa forma, o STF será reconduzido à sua verdadeira

> função, que é a de zelar pelo direito objetivo - sua eficácia, sua inteireza e a uniformidade de sua interpretação - na medida em que os temas trazidos à discussão tenham relevância para a Nação.

Analisando o conceito da análoga questão federal relevante, tendo em vista sua similitude com a repercussão geral, o doutrinador Sérgio Bermudes[7] traz a manifestação do Ministro Djaci Falcão, que explicou os critérios do STF na determinação do que seja esta questão relevante, ao afirmar que: "Considera-se aí o interesse público de maior monta, a justificar um novo exame da questão, e não o interesse exclusivo das partes, de repercussão limitada. Há de se ponderar o interesse público da questão suscitada, na sua profundidade e na sua extensão.(...)".

O Ministro Evandro Lins e Silva[8] também disserta sobre a relevância da questão federal no mesmo sentido, firmando entendimento que:

> O interesse puramente privado, a mera disputa de bens materiais não se enquadra, em princípio, no requisito inovador. A relevância tem outro alcance e visa à tutela de bens jurídicos de outro porte e significado, abrangendo interesses superiores da Nação, questões de estado civil, direitos fundamentais do homem. Essa é uma visão de quem olha o horizonte do problema e não as suas cercanias. (...)

Vale ressaltar que, no sistema anterior, a decisão sobre a arguição de relevância era puramente discricionária e dispensava qualquer motivação, ao passo que, atualmente, a decisão sobre a repercussão deverá ser fundamentada, em obediência ao princípio da fundamentação das decisões judiciais, positivado no art. 93, IX da CF/88.

Importante cuidar para que a repercussão geral não venha a se tornar mero "eufemismo" da arguição de relevância utilizada pelo STF no período de 1977 a 1988. O antigo § 1º do art. 327 do Regimento Interno do Supremo definia questão federal relevante assim: "Entende-se relevante a questão federal que, pelos reflexos na ordem jurídica, e considerados os aspectos morais, econômicos, políticos ou sociais da causa, exigir a apreciação do recurso extraordinário pelo Tribunal."

Ao não utilizar o termo "relevância", como previsto no sistema constitucional anterior, mas sim, "repercussão geral", o legislador moderno deixou evidente que o recurso extraordinário deve possuir importância geral para ser apreciado. Mesmo assim, a expressão utilizada tem certa vaguidade.

Com efeito, a presença de normas contendo conceitos vagos é um fenômeno cada vez mais comum. Isso ocorre devido ao crescimento das relações sociais e sua maior complexidade, uma vez que é impossível ao legislador prever todos os tipos de relações e conflitos. Já dizia o ilustre Barbosa Moreira[9] que "às vezes, a lei se serve de conceitos juridicamente indeterminados, ou porque seria impossível deixar de fazê-lo, ou porque não convém usar outra técnica."

De fato, esse é o entendimento de Marcus Vinícius Rios Gonçalves[10], ao afirmar que:

> A lei valeu-se aqui de conceito vago, que deve ser integrado pelo julgador. A repercussão geral transmite a ideia de que a questão constitucional deva refletir não apenas o interesse das partes, mas de um grande número de pessoas, que afete a vida de uma faixa substancial da sociedade, ou que diga respeito apenas às próprias partes e que correspondam a um valor cuja proteção interesse à comunidade social, de uma maneira geral. Haverá ainda repercussão geral sempre que o recurso impugnar decisão contrária à súmula ou jurisprudência dominante do tribunal.

Para Arruda Alvim[11], "a instituição da relevância envolve a outorga de um *poder político* ao Tribunal que haverá de apreciar as causas marcadas por importância social, econômica, institucional ou jurídica".

Nesse contexto, cabe destacar o pensamento de Ernane Fidélis dos Santos[12]:

> (...) Em outras palavras, a repercussão geral exigida deve ser de molde a ter influência direta da norma constitucional, ferindo princípios básicos que, de modo geral, se relacionem com a própria organização do Estado e com a definição

> dos direitos fundamentais, principalmente. Seria o caso, por exemplo, de versar o recurso sobre matéria referente a discriminações, constitucionalmente vedadas.

Ao STF deve ser dada a prerrogativa de considerar se determinada questão tem ou não repercussão geral, já que, como a realidade social é dinâmica e complexa, também o é a noção do que repercute de forma geral na sociedade. Portanto, a definição taxativa de hipóteses que contenham repercussão acarretaria o engessamento daquele Tribunal, não favorecendo o seu descongestionamento.

Por outro lado, admitir a utilização de conceitos indeterminados seria desvirtuar os limites daquilo que foi positivado. Diante de qualquer conceito juridicamente indeterminado, apesar de sua relativa indeterminação, é sempre possível o exercício jurisdicional, instância legítima para garantir as interpretações e aplicações corretas.

Uma causa é provida de repercussão geral quando há interesse geral, ou seja, interesse público e não somente dos envolvidos no litígio. O julgamento do recurso deixa de afetar apenas as partes do processo e alcança uma gama maior de pessoas fora dele.

O dispositivo da repercussão geral prevê a rejeição de recursos extraordinários que tratem de casos sem relevância social, econômica, política ou jurídica, permitindo que o STF concentre seus esforços nas questões que ultrapassem os interesses subjetivos das partes litigantes.

Na expressão "geral" já se presume que a questão não interessa apenas às partes. A novidade é que os aspectos econômicos, políticos e sociais devem acompanhar qualquer análise jurídica. Significa dizer que a importância geral não deve ser analisada com base no objetivo precípuo da causa, sendo o papel do Supremo no recurso extraordinário dar a interpretação devida a uma relação de constitucionalidade.

4.2 NATUREZA JURÍDICA

No sistema anterior, houve quem entendesse que o juízo acerca da arguição de relevância vincularia o juízo de admissibilidade e de mérito do recurso, o que foi refutado por Antônio Carlos Marcondes Machado[13]. Segundo ele:

> A arguição de relevância era um incidente preliminar ao juízo de admissibilidade do recurso extraordinário, instaurado como um juízo de pré-admissibilidade, destinado única e exclusivamente a apreciar a relevância da questão federal, suscitada no âmbito do recurso extraordinário. Ultrapassada esta pré-admissibilidade, com o julgamento positivo da relevância, tinha o recurso extraordinário a sua admissibilidade examinada, que, se positiva, habilitava o RE à apreciação de mérito.

Para o citado autor, mesmo sendo positivo o juízo sobre a arguição de relevância, tal decisão não influenciaria no juízo de admissibilidade, onde o recurso poderia ser inadmitido, ou ainda, no mérito, ser desprovido.

Depois da EC 45/04, no ordenamento atual, o requisito da repercussão geral tem também natureza de um incidente preliminar, ou seja, a repercussão surge como um mecanismo de contenção recursal e mais uma condição de admissibilidade do recurso extraordinário. Apesar disso, é inconveniente instituir um requisito de admissibilidade de qualquer recurso utilizando a técnica legislativa dos conceitos juridicamente indeterminados.

Deve o recorrente, portanto, antes de adentrar no mérito do recurso, demonstrar a repercussão geral da questão abordada. Trata-se de uma "triagem" para ter no Supremo apenas matérias de maior importância, de interesse da coletividade. Tem por objetivo permitir que a Corte julgue somente os recursos cuja análise ultrapasse os interesses individuais das partes, priorizando, assim, as causas de maior relevância, que tenham repercussão na sociedade.

Nesse contexto, uma das finalidades da repercussão geral é firmar o papel do STF como Corte Constitucional e não como instância recursal. Além disso, faz com que esse Tribunal decida uma única vez cada questão constitucional, não se pronunciando em outros processos com idêntica matéria.

No entanto, o rigor do juízo de admissibilidade não tem conseguido contribuir para que os Tribunais de destino examinem um volume menor de recursos, a fim de se dedicarem ao julgamento de questões realmente relevantes. Isto porque, geralmente, para cada recurso inadmitido é interposto um agravo de instrumento, circunstância que

contribui para que os Tribunais Superiores continuem abarrotados de recursos envolvendo temas corriqueiros e sem grande importância para a sociedade em geral.

A inovação da repercussão geral constitui uma espécie de filtro recursal do recurso extraordinário, possibilitando que o STF escolha os recursos que irá julgar, levando em consideração a relevância social, econômica, política ou jurídica da matéria a ser apreciada, ultrapassando os interesses subjetivos da causa.

Sendo assim, o principal objetivo da adoção desse filtro de acesso é a redução do número de processos nos tribunais constitucionais, possibilitando que seus membros destinem mais tempo às questões de maior relevância para os direitos dos cidadãos e fundamentais para a sociedade em geral, extrapolando os interesses individuais.

Ademais, de acordo com a Lei 11.418/2006, existirão dois critérios para se aferir a repercussão geral, a saber: o critério objetivo, segundo o qual haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e o critério subjetivo que considera presente a repercussão geral sempre que existir questão relevante do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico e que extrapole os interesses subjetivos da causa.

4.3 JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE

O § 3º do art. 102 da Constituição Federal leva à conclusão de que o juízo de admissibilidade competirá privativamente ao STF, assim como era na época da arguição de relevância. No mesmo sentido, Rodrigo Barioni[14] explica que o recurso extraordinário não poderá sofrer juízo de admissibilidade pelo Tribunal local por duas razões, quais sejam:

> Primeiro, porque se é certo que compete ao presidente do órgão *a quo* examinar a admissibilidade do recurso extraordinário, é igualmente induvidoso que esse juízo de admissibilidade faz-se por meio de decisão *unipessoal* do presidente. Como o texto constitucional prevê que a recusa, pela falta de 'repercussão geral', somente poderá ser tomada por *dois terços dos membros do tribunal*,

> a apreciação da 'repercussão geral' deve ser feita por órgão colegiado, o que já é suficiente para impedir o exame desse tema pelo presidente do tribunal *a quo*. A esse argumento, alinha-se outro: a localização da norma. O art. 102, *caput*, da CF trata da competência originária e recursal do STF. A inclusão do § 3º no art. 102 indica seu indissociável vínculo com o *caput*. A partir daí, tem-se que o vocábulo 'tribunal' significa STF, de forma que incumbe a este e não ao tribunal *a quo* apreciar a alegação de repercussão geral da matéria constitucional.

Por sua vez, Sandro Marcelo Kozikoski[15] entende que apenas se não abordada a questão da repercussão geral, poderia o Tribunal local exercer o juízo de admissibilidade, como num exame formal, explicitando: "Por outro lado, a ausência da abordagem e fundamentação do recorrente em relação à repercussão geral das questões constitucionais configurará inépcia da peça recursal, faltando-lhe regularidade formal."

Entretanto, consoante assevera Sérgio Bermudes[16], "como em todo recurso interposto perante o órgão prolator da decisão recorrida, sabe-se que o primeiro juízo de admissibilidade é dele próprio", pelo que se infere que o Tribunal local seria competente para analisar a admissibilidade do recurso, inclusive quanto à questão da repercussão geral, nos termos do art. 542, § 1º do CPC.

Como se sabe, um dos maiores objetivos da Reforma do Judiciário é o descongestionamento do STF, pelo que não faria sentido que um dos filtros para a diminuição dos recursos para lá encaminhados, qual seja, o juízo de admissibilidade exercido pelo Tribunal *a quo*, seja simplesmente eliminado do ordenamento. A questão prática e o objetivo do legislador devem ser destacados, razão por que se impõe a prática do juízo de admissibilidade pelo Tribunal local, até para que não ocorra o efeito inverso ao almejado pela referida Reforma.

Não obstante, Fredie Didier Junior[17] explana que:

> Pretendeu-se eliminar entraves que ocorreriam na rotina do tribunal com a necessidade de remeter-se ao Plenário todo recurso extraordinário em que se suspeitasse da ausência da repercussão

> geral. A criação da repercussão geral, antes de sua regulamentação, gerou certa perplexidade: criou-se um mecanismo de filtragem, limitando a admissibilidade de recursos extraordinários, com vistas a racionalizar a atividade da Corte Suprema. Por outro lado, exigiu-se que tal mecanismo fosse exercido pelo Plenário, impondo duplicidade de pautas e excesso de casos erigidos ao crivo do Pleno.

Desse modo, o melhor entendimento é que a verificação da existência da preliminar formal é de competência concorrente do Tribunal de origem e do STF. Contudo, a análise da repercussão geral é de competência exclusiva do Supremo. Sendo assim, ao interpor o recurso extraordinário, deverá o recorrente demonstrar como preliminar de recurso a repercussão geral da questão constitucional para apreciação exclusiva do Pretório Excelso.

À instância *a quo* persistirá a competência para o prévio exame dos demais requisitos intrínsecos, extrínsecos e específicos de admissibilidade do extraordinário, não lhe sendo permitida a análise da existência ou não da repercussão geral, tarefa a ser realizada pelo STF que, por meio de decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso quando não caracterizada a repercussão.

4.4 *QUORUM* DE VOTAÇÃO

A interpretação literal do § 3º do art. 102 da Constituição gera uma polêmica acerca do *quorum* de votação do novo requisito de admissibilidade do recurso extraordinário. Conforme sua exegese, para que seja negada a existência de repercussão geral em determinado caso, o Tribunal deve se manifestar em 2/3 (dois terços) de seus membros, isto é, dos onze Ministros que compõem o STF, oito deles teriam que declarar a não existência de repercussão geral em dada questão. Desta forma, todos os recursos teriam de ser julgados pelo Plenário do Supremo.

Entretanto, o art. 9º, III do Regimento Interno da Corte Suprema é claro ao afirmar que compete às Turmas julgar os recursos extraordinários. Nesse contexto, interpretar a nova norma de forma diversa seria incongruente, pois seria necessário um *quorum* maior (8 Ministros) para apreciar um dos requisitos de admissibilidade do que para se dar

provimento a um recurso extraordinário, o que se torna um contrassenso.

Para não incidir a interpretação literal do art. 102, § 3º da Lei Maior, Sérgio Bermudes[18] indica que o tribunal deve ser entendido, na verdade, como a Turma e não como o Plenário. Assim, afirmando:

> Entenda-se por *tribunal*, não o plenário da Corte, mas o órgão competente para o julgamento do recurso (no STF, uma das duas turmas, onde o terço, por aproximação, será de três ministros, ressalvados os casos de remessa de recurso ao plenário). Se este é o órgão competente para julgar o recurso, será dele a competência para julgar o juízo de admissibilidade. (...)

Logicamente, o julgamento engloba os requisitos de admissibilidade e o mérito do recurso. Por conta disso, não teria sentido que um dos requisitos fosse apreciado pelo Plenário do STF e o mérito pela Turma, supondo que aquele tem maior importância que esta.

Portanto, ao comparar a redação dos artigos 102, § 3º e 103-A da Constituição, ambos incluídos pela EC nº 45/04, é fácil perceber que a real intenção do legislador era de conceder às Turmas (e não ao Plenário) a competência para julgar o recurso extraordinário, pois, enquanto que no *caput* do art. 103-A o legislador se referiu ao Plenário do STF por *Supremo Tribunal Federal*, no § 3º do art. 102 utilizou o termo *Tribunal*. Se quisesse o legislador que todos os Ministros do STF apreciassem a questão da repercussão geral – como quis acerca da edição de súmulas vinculantes – não seria Tribunal o termo utilizado, mas sim, Supremo Tribunal Federal.

4.5 A INCIDÊNCIA DO ARTIGO 557 DO CPC AOS RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS

A lei processual civil, no *caput* do artigo 557, é cristalina ao afirmar que o relator poderá negar seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula. Logicamente, poderá o relator, inclusive, julgar monocraticamente o agravo interposto contra aquela decisão, previsto no § 1º do referido dispositivo.

Analisando o tema, Osmar Mendes Paixão Cortes[19] aponta que o

relator poderia, nos termos do art. 557 do CPC, julgar o recurso para reconhecer a repercussão geral em determinado processo, mas não para negá-lo, devido à previsão expressa que dois terços do Tribunal deva fazê-lo. Conclui, ainda, o autor que:

> Parece-nos que a redação do § 3º do art. 102 não autoriza a decisão monocrática negativa sobre a repercussão geral, o que significa que, no caso de o relator julgar monocraticamente um recurso extraordinário, implicitamente, estará considerando a questão constitucional relevante.
> (...)
> Nesse caso, para que haja a negativa de exame, é necessário que a decisão seja tomada pelo órgão colegiado, pela votação de mais de dois terços dos membros, segundo o § 3º do art. 102. A possibilidade de decidir monocraticamente, portanto, resta mantida, só não podendo ocorrer quando for denegatória do recurso extraordinário pela falta de 'repercussão geral'.

Por sua vez, Rodrigo Barioni[20] opina no sentido de ser aplicável este dispositivo legal ao novo recurso extraordinário, pois "é preciso conjugar os dispositivos constitucionais e legais para conferir maior celeridade ao julgamento dos recursos, com menor dispêndio de tempo". Em outros termos, aduz o autor que a "melhor alternativa é conferir ao relator competência para, previamente, exercer o juízo de admissibilidade do recurso extraordinário, nas hipóteses do art. 557 do CPC."

É de se concluir que é aplicável o art. 557 aos recursos extraordinários sem qualquer restrição, também à vista da necessidade de se descongestionar o STF. Além disso, da mesma forma que o art. 102, § 3º da CF prevê que o Tribunal examinará a questão, também o faz o *caput* do art. 102 da CF, determinando que compete privativamente ao STF o julgamento do recurso extraordinário, o que não impede, contudo, que o recurso extraordinário seja julgado monocraticamente. Se esta não fosse a vontade do legislador, este certamente modificaria também o referido dispositivo processual civil ao editar a EC 45, o que, de fato, não ocorreu.

5. SÚMULA VINCULANTE E REPERCUSSÃO GERAL

Prevista no artigo 103-A da Constituição Federal, acrescentado ao texto pela EC nº 45, de 2004 e regulamentado pela Lei 11.417/06, a súmula vinculante representa o entendimento pacífico do Supremo sobre determinada matéria constitucional e terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. O objetivo é garantir a segurança jurídica e evitar a multiplicação de processos sobre questão idêntica.

No caso de descumprimento de súmula vinculante por órgãos da administração pública, a Lei nº 11.417 impõe-lhes responsabilidade, tanto na esfera cível, quanto na penal e administrativa. Não há previsão de responsabilidade aos membros do Poder Judiciário, sob pena de a norma estar punindo o juiz por exercer algo inerente a sua profissão, ou seja, a interpretação das leis.

Nas palavras do eminente Ernane Fidélis dos Santos[21], destaca-se o seguinte entendimento:

> Para que se elabore súmula, mister se faz que haja controvérsia sobre matéria constitucional entre os órgãos judiciários ou entre estes e a Administração Pública, de forma que acarrete grave insegurança ou repetição de processos sobre questão idêntica. Tal juízo é do próprio STF, que, sobre a circunstância prevista, deve pronunciar-se.

Já a repercussão geral, por sua vez, prevista no § 3º do art. 102 da Constituição Federal, inserido no texto constitucional também pela EC nº 45 e regulamentado pela Lei 11.418/06, possibilita ao STF não conhecer os recursos extraordinários quando a questão constitucional neles versada não for relevante do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico e a decisão não ultrapassar os interesses subjetivos da causa. Esse instrumento é espécie de filtro recursal, amplamente adotado por diversas Cortes Supremas, tais como a Suprema Corte dos Estados Unidos ("writ of certiorari") e a Suprema Corte da Argentina ("requisito de trascendência"). O seu principal objetivo é a redução do número de processos na Corte para possibilitar mais tempo para apreciação de causas

de fundamental importância à garantia dos direitos constitucionais dos cidadãos.

As referidas leis constituem importantes instrumentos para conferir mais celeridade ao trâmite processual. Enquanto a súmula vinculante oferece solução para os casos repetidos, a repercussão geral bloqueia o caminho ao STF dos processos sem interesse nacional, sem relevância coletiva.

A súmula vinculante permite ao Supremo dar solução a todas as causas de massa, ou seja, as ações tendo por núcleo uma mesma questão de direito. Essas causas serão definidas no nascedouro. Quando o STF houver definido formalmente uma questão de direito e aplicar-lhe o efeito vinculante por meio da súmula, pacifica-se a discussão nos juízos inferiores e, sobretudo, todos os agentes públicos deverão respeitar a interpretação fixada, de modo a evitar o surgimento de novas ações.

No tocante à repercussão geral, esta dá autorização ao Supremo, sobrecarregado com questões de somenos importância, para definir quais as questões merecedoras de sua atenção, por veicularem interesse geral. Não quer dizer que toda decisão que vier a ser tomada em recurso extraordinário vincule todos com eficácia ou autoridade *erga omnes*, mas, certamente, exercerá influência em julgamentos futuros e poderá, inclusive, abrir caminho para a edição de uma súmula vinculante. A súmula comum é uma mera síntese de decisões da Corte sobre normas, enquanto súmulas vinculantes são uma norma de decisão, com poder normativo.

Destarte, a repercussão geral aliada à súmula vinculante permitirá mudar a face do Poder Judiciário brasileiro. A adequada utilização desses instrumentos fará com que o magistrado desempenhe suas atividades de modo a gerar uma célere prestação ao jurisdicionado.

6. A SÚMULA 126 DO STJ E A AUSÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL

Em linhas gerais, a Súmula 126 do STJ afirma que, assentando-se a decisão de última instância em fundamentos constitucionais e infraconstitucionais, exige-se que o recorrente, simultaneamente, interponha recurso extraordinário e recurso especial. Dessa forma, desejando recorrer aos tribunais superiores, não poderá a parte

simplesmente escolher se submeterá a questão ao STJ, via recurso especial, ou ao STF, via recurso extraordinário. Havendo duplo fundamento, impõe-se a dupla interposição. Sendo assim, afirma Manoel Caetano Ferreira Filho[22]:

> Os recursos podem, e por vezes *devem*, ser interpostos simultaneamente. Se o acórdão estiver assentado em fundamentos autônomos, suficientes por si mesmos à sua manutenção, sendo um de natureza *constitucional* e outra *infraconstitucional*, o recorrente precisa interpor os *dois*, sob pena de não ser admitido, por falta de *interesse em recorrer* aquele que for interposto sozinho.

No âmbito do STF, vale citar a Súmula 283: "É inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles."

Contudo, diante da introdução do requisito da repercussão geral no recurso extraordinário, cabe indagar se mesmo assim persiste a exigência da interposição simultânea dos referidos recursos. Vale ressaltar que cabe somente ao STF examinar e declarar a ausência de repercussão geral. Assim sendo, não cabe à parte interessada verificar, no caso concreto, se a situação se enquadra nas hipóteses que tornam admissível o recurso extraordinário.

Da mesma forma, não pode o tribunal *a quo*, sob o argumento de a questão constitucional que consta no acórdão impugnado não ostentar repercussão geral, admitir o recurso especial, caso não tenha sido interposto também o extraordinário, uma vez que, assim fazendo, estará emitindo juízo de valor sobre a presença ou não da repercussão geral.

Portanto, vale apontar o pensamento de Roberto Rosas[23], ao comentar a Súmula 126 do STJ:

> Se a parte constitucional não foi atacada em recurso extraordinário, há preclusão dessa matéria. Se ela é fundamento suficiente para, por si só, validar a decisão, ainda que provido o recurso especial, não poderia este ser admitido. Se o fundamento constitucional é irrecorrido, e plausível seria seu acolhimento, não é admitido o recurso especial.

Logo, havendo anterior recusa do Supremo sobre a repercussão geral da questão constitucional, o recurso extraordinário, longe de ter seu acolhimento como plausível, estaria fadado à inadmissão. Entender em sentido contrário atentaria, inclusive, à cláusula que garante a razoável duração do processo, prevista no art. 5º, LXXVIII da Carta de 1988. Decidindo o STF que determinada questão não oferece repercussão geral, não se poderá exigir que, ainda assim, a parte interponha recurso extraordinário.

7. CONCLUSÃO

No dia 3 de maio de 2007, entrou em vigor a Emenda Regimental nº 21 do Supremo Tribunal Federal, que regulamenta o processamento do dispositivo da repercussão geral. Esta, por sua vez, permite a rejeição de casos sem relevância social, econômica, política ou jurídica em recursos extraordinários. Isso significa que os recursos anteriores àquela data não se submetem ao requisito da repercussão, sendo decididos normalmente, como até então.

O Regimento Interno do Supremo foi alterado de modo a viabilizar a aplicação deste "filtro recursal", que visa diminuir o volume dos apelos extremos em tal Corte. O novo texto permite que o STF concentre seus esforços nos extraordinários que ultrapassem os interesses subjetivos das partes do processo, abstendo-se de pronunciar em processos com matéria idêntica.

A partir de então, a aplicação prática do recurso extraordinário fica submetida à modificação advinda por esse novo requisito de admissibilidade. Contudo, não é clara a redação do dispositivo legal que o prevê, ensejando diversos debates.

No entanto, apesar de a repercussão possuir um conceito subjetivo, é inegável afirmar que o processo, de modo geral, passa por relevantes alterações valorativas, que sempre demandam uma adaptação cultural. Por isso, esse instituto, certamente, exige exame da doutrina e, principalmente, confirmação pela jurisprudência, isto é, ganha efetividade com a concretização dos seus ideais no ordenamento através dos contornos práticos que lhe são conferidos pelos tribunais.

No tocante às súmulas vinculantes, há discussões entre aqueles que as defendem como um meio para o acesso à justiça e os que as encaram

como verdadeiras ameaças à liberdade do cidadão e à independência do juiz. Na verdade, seu intuito é pacificar em tempo breve a jurisprudência sobre temas relevantes ligados à ordem constitucional, bem como servir de instrumento para o desafogo dos trabalhos dos tribunais, especialmente, da Suprema Corte. Eis sua semelhança com a repercussão geral.

Conquanto a mola propulsora da mudança seja a necessidade de otimizar os processos que tramitam no Supremo, é preciso ter cautela, uma vez que inúmeros dispositivos que regulamentam a matéria podem gerar mais dúvidas, ocasionando a interposição de outros recursos. Vale dizer que ainda é recente a inovação e não se sabe de que modo irá interferir no trajeto dos recursos extraordinários junto ao STF.

Em suma, a própria Constituição Federal se preocupa com a oferta de justiça em tempo razoável. É o que se infere do seu artigo 5º, inciso LXXVIII. Por conseguinte, a real intenção do legislador com a edição da Emenda Constitucional nº 45/04 e, em especial, com a previsão da repercussão geral, é aprimorar a tutela jurisdicional efetiva e desafogar a Corte Constitucional brasileira.

___

GENERAL REPERCUSSION: APELLATTE FILTER?

ABSTRACT: The composition of the § 3º of article 102 of Federal Constitution, introduced for Constitutional Emendation nº 45/04, conditioned the admission of the extraordinary resource to before inexistent requirement that is general repercussion of constitutional questions argued in the case. This new exigence is very similar questioning of relevance that had in the past and has clear objective to reduce amount of extraordinary resources to be judged for Supreme Federal Court, making with that this Court only occupies of cases of general interest, whose decision can be useful to a big sphere of people. Court only can be able to deny this repercussion closing the way for the examination of the extraordinary, when, in this direction, to reveal two third of yours members, that is, the least eight Ministers will should to reject the resource. In this manner, the decisions about general repercussion will be taken in Plenary to can get at the quorum indicated for the Great Letter. Being thus, the reformers had been conscientious of that biggest debility of Brazilian Judicial Power, in yours current reality, is in yours unadaptability to offer a justice in moderate time. One expects, with the

repercussion, to speed up the jurisdictional guardianship and to attenuate lamentable delays, at least, in the ambit of the resources judgments in Supreme Court.

KEYWORDS: Repercussion. Extraordinary. Supreme.

Notas

[1] THEODORO JÚNIOR. Humberto. *Curso de Direito Processual Civil* – Teoria geral do Direito Processual e Processo de Conhecimento. 48. ed. vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 725.
[2] SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de Direito Processual Civil*: Processo de Conhecimento. 12. ed. vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 689.
[3] DINAMARCO, Candido Rangel. *O processo civil na reforma constitucional do Poder Judiciário*. Revista Jurídica Unicoc, São Paulo, v. 2, n. 2, 2005.
[4] VIEIRA, Oscar Vilhena. *Que Reforma?* USP – Estudos avançados, v. 18, n. 51, 2004, p. 202.
[5] SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 82-83.
[6] WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves comentários à nova sistemática processual*: emenda constitucional n. 45/2004 (reforma do judiciário); Lei 10.444/2002; Lei 10.358/2001 e Lei 10.352/2001. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.
[7] BERMUDES, Sérgio. *Arguição de relevância da questão federal*. In: Enciclopédia Saraiva do Direito. São Paulo: Saraiva. 1978, v. 7, p. 438.
[8] Idem, ibdem. p. 438-439.
[9] MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Regras de experiência e conceitos juridicamente indeterminados*. Temas de Direito Processual. 2ª Série. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 64.
[10] GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Novo Curso de Direito Processual Civil*. 4. ed. vol. 2. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 164/165.
[11] ALVIM, Arruda. *A alta função jurisdicional do Superior Tribunal de Justiça no âmbito do recurso especial e a relevância das questões*. In: Revista de Processo. Nº 96. Ano 24, out-dez. 1999. Revista dos Tribunais, p. 37-44.
[12] SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de Direito Processual Civil*: Processo de Conhecimento. 12. ed. vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 689.
[13] MACHADO, Antônio Carlos Marcondes. *Arguição de Relevância*: a competência para o seu exame. O ulterior conhecimento do recurso extraordinário. In: Revista de Processo. Nº 42. Ano XI, abr-jun. 1986. Revistas dos Tribunais, p. 66.
[14] BARIONI, Rodrigo. *O Recurso Extraordinário e as Questões Constitucionais de repercussão Geral*. In: Reforma do Judiciário. São Paulo: RT, 2005, p. 738.
[15] KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. *A Repercussão Geral das Questões Constitucionais e o Juízo de Admissibilidade do Recurso Extraordinário*. In: Reforma do Judiciário. São Paulo: RT, 2005, p. 756.
[16] BERMUDES, Sérgio. *A Reforma do Judiciário pela Emenda Constitucional nº 45*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
[17] DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*: Meios de Impugnação às decisões judiciais e processo nos Tribunais. 5. ed. vol. 3. Salvador: Jus Podivm, 2008. p. 321.
[18] BERMUDES, Sérgio. *A reforma judiciária pela Emenda Constitucional nº. 45*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 57.
[19] CORTES, Osmar Mendes Paixão. *As inovações da EC nº 45/2004 quanto ao cabimento do Recurso Extraordinário*. In: Reforma do Judiciário. São Paulo: RT, 2005, p. 545 e 548.

[20] BARIONI, Rodrigo. *O Recurso Extraordinário e as Questões Constitucionais de Repercussão Geral*. In: Reforma do Judiciário. São Paulo: RT, 2005, p. 738.
[21] SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de Direito Processual Civil*: Processo de Conhecimento. 12. ed. vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 861.
[22] FERREIRA FILHO, Manoel Caetano. *Comentários ao código de processo civil, v. 7*: do processo de conhecimento, arts. 496 a 565. v. 7. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 349.
[23] ROSAS, Roberto. *Direito sumular.* 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 343.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Arruda. *A alta função jurisdicional do Superior Tribunal de Justiça no âmbito do recurso especial e a relevância das questões.* In: Revista de Processo. Nº 96. Ano 24, out-dez. 1999. Revista dos Tribunais.

____. *A Arguição de Relevância no Recurso Extraordinário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

BARIONI, Rodrigo. O Recurso Extraordinário e as Questões Constitucionais de repercussão Geral. In: *Reforma do Judiciário*. São Paulo: RT, 2005.

BERMUDES, Sérgio. *A reforma judiciária pela Emenda Constitucional nº 45*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

____. Arguição de relevância da questão federal. In: *Enciclopédia Saraiva do Direito*. v. 7. São Paulo: Saraiva, 1978.

CORTES, Osmar Mendes Paixão. As inovações da EC nº 45/2004 quanto ao cabimento do Recurso Extraordinário. In: *Reforma do Judiciário*. São Paulo: RT, 2005.

DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*: Meios de Impugnação às decisões judiciais e processo nos Tribunais. 5. ed. vol. 3. Salvador: Jus Podivm, 2008.

DINAMARCO, Candido Rangel. O processo civil na reforma constitucional do Poder Judiciário. *Revista Jurídica Unicoc*, São Paulo, v. 2, n. 2, 2005.

FERREIRA FILHO, Manoel Caetano. *Comentários ao código de processo civil*: do processo de conhecimento, arts. 496 a 565. v. 7. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001.

FREITAS, Juarez. *A Interpretação Sistemática do Direito*. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. *A Arguição de Relevância.* A

Repercussão Geral das Questões Constitucional e Federal. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Novo Curso de Direito Processual Civil*. 4. ed. vol. 2. São Paulo: Saraiva, 2008.
GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. 18. ed. vol. 2. São Paulo: Saraiva, 2007.
KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. A Repercussão Geral das Questões Constitucionais e o Juízo de Admissibilidade do Recurso Extraordinário. In: *Reforma do Judiciário*. São Paulo: RT, 2005.
MACHADO, Antônio Carlos Marcondes. Arguição de Relevância: a competência para o seu exame. O ulterior conhecimento do recurso extraordinário. In: *Revista de Processo*. Nº 42. Ano XI, abr-jun. 1986.
MANCUSO, Rodolfo Camargo. *Recurso Extraordinário e Recurso Especial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
MARONINI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Repercussão geral no recurso extraordinário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973*. vol. V: arts. 476 a 565. 12. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
_____. Regras de experiência e conceitos juridicamente indeterminados. *Temas de Direito Processual*. 2ª Série. São Paulo: Saraiva, 1988.
ROSAS, Roberto. *Direito sumular*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.
SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de Direito Processual Civil*: Processo de Conhecimento. 12. ed. vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2008.
SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.
SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de Processo Civil*: Processo de Conhecimento. 7. ed. vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
TAVARES, André Ramos. *Teoria da justiça constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005.
THEODORO JÚNIOR. Humberto. *Curso de Direito Processual Civil* – Teoria geral do Direito Processual e Processo de Conhecimento. 48. ed. vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
VIEIRA, Oscar Vilhena. *Que Reforma?* USP – Estudos avançados, v. 18, n. 51, 2004.
WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim;

MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves comentários à nova sistemática processual*: emenda constitucional n. 45/2004 (reforma do judiciário); Lei 10.444/2002; Lei 10.358/2001 e Lei 10.352/2001. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

LIVRE EXERCÍCIO DO DIREITO DE GREVE PELO SERVIDOR PÚBLICO

Darly Giulia Santos Andrade*

RESUMO: O presente estudo tem por objetivo analisar a atual situação dos servidores públicos no Estado, bem como analisar os benefícios ofertados a estes pela própria Constituição Federal e por outras legislações específicas, dando uma maior ênfase ao instituto da greve, estabelecendo a diferenciação entre as espécies de servidores e analisando as interpretações jurisprudenciais, bem como analisar a concessão do direito de greve dos servidores da administração pública correlacionando este direito com a omissão legislativa a respeito da lei específica sobre a greve dos trabalhadores celetistas e os servidores estatutários, além de abordar pontos polêmicos da doutrina e da jurisprudência como é o caso da punição pelo exercício do direito de greve, incluindo os descontos efetuados em razão dos dias não trabalhados. Assim, o mérito deste artigo é destrinchar as divergências doutrinárias e jurisprudenciais acerca da aplicação do direito de greve aos servidores públicos já que, se é um direito reconhecido pela Constituição, não há que se falar em não aplicação.

PALAVRAS-CHAVES: Greve. Servidores Públicos. Constituição.

1. INTRODUÇÃO

A greve é um instituto polêmico e muito antigo, por isso merece uma análise sobre a sua evolução, destacando os pontos mais marcantes de sua trajetória e explanando o posicionamento das diversas legislações que dispuseram sobre este instituto.

Iniciando pelas cartas magnas que vigoraram no país, as Constituições de 1891 e de 1934 nada dispuseram sobre o assunto, apesar de relatos sobre algumas legislações anteriores a estas, que já faziam menção ao instituto da greve, como o Decreto nº 847 de 11 de outubro de 1890, denominado

*Graduanda em Direito pela Universidade Tiradentes (UNIT); Técnica do Ministério Público do Estado de Sergipe.

Código Penal, que proibia o exercício da greve, antes mesmo desta data, o Código Napoleônico de 1810 já aplicava medidas punitivas, como a multa e a prisão aos grevistas.

A Constituição de 1937 (BRASIL, 1937) na segunda parte de seu artigo 139 deixa bem clara a sua posição contrária à greve, declarando-a um movimento antissocial: "*Para dirimir os conflitos oriundos das relações entre empregadores e empregados, reguladas na legislação social, é instituída a Justiça do Trabalho, que será regulada em lei e à qual não se aplicam as disposições desta Constituição relativas à competência, ao recrutamento e às prerrogativas da Justiça comum*".

A greve e o *lock-out* são declarados recursos antissociais nocivos ao trabalho e ao capital e incompatíveis com os superiores interesses da produção nacional.

O Decreto-lei n° 431 de 1938 (BRASIL, 1938), inseria a greve, no rol de crimes ali instituídos, em seu artigo 3º, nº 12, in verbis: "*São ainda crimes da mesma natureza: instigar ou preparar a paralisação de serviços públicos, ou de abastecimento da população; Pena – 3 a 7 anos de prisão*".

Adentrando na área trabalhista o Decreto-lei n° 1.237, de 2-5-1939 (BRASIL, 1939), não mencionava o instituto da greve diretamente, nem mesmo mencionava o termo paralisação, mas tratava do abandono do serviço, estipulando sanções do tipo suspensão e despedida por justa causa assim determinando o artigo 81, in verbis: "*Os empregados que, coletivamente e sem prévia autorização do tribunal competente abandonarem o serviço, ou desobedecerem a decisão de tribunal do trabalho, serão punidos com penas de suspensão até seis meses, ou dispensa. além perdas de cargo de representação profissional e incompatibilidade para exercê-lo durante o prazo de dois a cinco anos*".

Em 1940, o Código Penal (BRASIL, 1940), traz em sua Seção IV, Título IV, que trata dos crimes contra a organização do trabalho, as hipóteses em que a paralisação é tratada como crime em seus artigos 200 e 201, abaixo transcritos:

> **Paralisação de trabalho, seguida de violência ou perturbação da ordem**
> Art. 200 – Participar de suspensão ou abandono coletivo de trabalho, praticando violência contra pessoa ou contra coisa:
> Pena – detenção, de um mês a um ano, e multa,

além da pena correspondente à violência.
Parágrafo único – Para que se considere coletivo o abandono de trabalho é indispensável o concurso de, pelo menos, três empregados.
Paralisação de trabalho de interesse coletivo
Art. 201 – Participar de suspensão ou abandono coletivo de trabalho, provocando a interrupção de obra pública ou serviço de interesse coletivo:
Pena – detenção, de seis meses a dois anos, e multa.

Os artigos acima transcritos tratavam das paralisações que de alguma formam viessem a perturbar a ordem pública ou interferir diretamente no interesse público, o legislador aqui teve por fundamentação os princípios basilares da administração pública, quais sejam a supremacia do interesse público sobre o privado e a preservação da ordem pública.

A Consolidação das Leis Trabalhistas em 1943 (BRASIL, 1943) traz em um capítulo especial sobre o abandono e a suspensão de serviços, elencando as penalidades a que estas infrações estariam sujeitas, estes artigos foram revogados pela Lei nº 9.842, de 7 de outubro de 1999.

Em 1946, o Decreto-lei n° 9.070 (BRASIL, 1946) vem estabelecer quais sejam as atividades essenciais, ficando as atividades acessórias classificadas por exclusão, a partir deste decreto a greve no setor destas atividades acessórias passam a ser toleradas, nos limites deste.

Ainda em 1946, a Constituição Federal (BRASIL, 1946) vem reconhecer o direito de greve dos trabalhadores em seu artigo 158, conforme prevê "*é reconhecido o direito de greve, cujo exercício a lei regulará*", mas como verificado o seu exercício está condicionado à regulamentação de Lei, a Carta de 1946 vem ainda estabelecer a concessão de anistia aos cidadãos que de alguma forma sofreram penas disciplinares, em consequência de greves ou dissídios do trabalho, conforme prevê em seu artigo 28, in verbis: *"é concedida anistia a todos os cidadãos considerados insubmissos ou desertores até a data da promulgação deste Ato e igualmente aos trabalhadores que tenham sofrido penas disciplinares, em consequência de greves ou dissídios do trabalho*".

Finalmente em junho de 1964 foi publicada a Lei 4.330 (BRASIL, 1964), que vem regular o direito de greve, na forma do art. 158, da Constituição Federal de 1967, que prevê que será assegurado o direito de greve dos trabalhadores, exceto nos serviços públicos e nas atividades

essenciais, sendo estas as definidas em lei. A Lei 4.330 prevê, em seu artigo 22, os casos concretos em que a ilegalidade da greve deve ser declarada.

A Constituição de 1967 (BRASIL, 1967) assegurava o direito de greve aos trabalhadores, em seu artigo 158, XXI, ficando privado deste direito o setor público, bem como os serviços considerados especiais, conforme dispõe o artigo 157, § 7º, da mesma Carta Magna. Porém, a Constituição de 1988, vigente no país até então, continua a assegurar o direito de greve aos trabalhadores, inovando no que tange ao serviço público, estabelecendo que a regulamentação da greve nesse setor fica submetida a lei específica, lei essa, que até os dias de hoje não foi disciplinada.

2. CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA

De acordo com Silva (2004, p. 666) entende-se por greve "*toda interrupção do trabalho, decorrente de uma deliberação coletiva dos trabalhadores, a fim de propugnarem por uma melhoria ou para pleitearem uma pretensão não atendida pelos empregadores*"[1].

Barros (2010, p. 1308) complementa que a greve "*não é simplesmente uma paralisação do trabalho, mas uma cessação temporária do trabalho, com o objetivo de impor a vontade dos trabalhadores ao empregador sobre determinados pontos*"[2].

Mesmo diante do direito reconhecido pelo legislador, há ainda autores que neguem a existência de um direito no exercício da greve, principalmente no que tange a coletividade entendendo alguns doutrinadores que este direito só alcançaria a cada indivíduo isoladamente, acerca do assunto leciona Barros (2010, p. 1306):

> O motivo que levou a greve a ser vista como feito legítimo é o direito natural que assegura aos homens a liberdade de trabalhar ou de não o fazer; logo, se esse direito é garantido a um indivíduo isolado, porque não estendê-lo ao indivíduo associado aos demais colegas? Ora, os interesses coletivos merecem a mesma proteção jurídica dos interesses individuais. Em contraposição, a greve é proibida nos regimes socialistas, ao argumento de que, se o proletariado já se encontra no poder, não há motivo para fazê-la.

Transcritos os conceitos acima de greve é possível concluir que greve nada mais é do que um instrumento utilizado pelos trabalhadores, como meio de pleitear melhorias em seus trabalhos.

Apesar de assegurar o direito de greve, não faz parte da intenção do legislador, abalar a ordem pública e pôr em risco o bem-estar da sociedade, é por isso que a própria Constituição coloca sob a responsabilidade da legislação infraconstitucional, a instituição de atividades essenciais, ou seja, de atividades sem as quais a sociedade não poderia ficar sob o risco de abalar a ordem pública, tais como, atividades de saúde, de policiamento, dentre outras.

3. O DIREITO DE GREVE NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

A greve no sistema jurídico brasileiro não surgiu como um direito, só com o passar dos anos e com a luta dos trabalhadores por este direito é que os legisladores passaram a reconhecer este instituto como um direito, passando a inseri-lo na Constituição Federal e nas legislações infraconstitucionais como um direito a ser exercido pelos trabalhadores, mas mesmo sendo um direito, este instituto deve ainda seguir alguns moldes para que não seja considerado ilegal.

A greve jamais poderá ser utilizada como meio de tolher os direitos e garantias fundamentais de outrem, desta forma as manifestações adotadas pelo trabalhador grevista também não poderão ameaçar o patrimônio do empregador e muito menos impedir o acesso de outros trabalhadores ao ambiente de trabalho.

A greve é uma garantia fundamental assegurada pela Constituição Federal em seu artigo 9º, in verbis, "*é assegurado o direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender*".

É assegurada ao grevista a manifestação pacífica, a divulgação de seus manifestos, dentre outros direitos que são assegurados pela Constituição e pela legislação específica.

A Lei nº 7.783/89 dispõe sobre o exercício do direito de greve, define as atividades essenciais, regula o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, e dá outras providências.

O sistema jurídico brasileiro assegura o direito de greve aos trabalhadores, mas também impõe a este direito a observância de alguns

requisitos, como se fossem condições para que este direito possa ser exercido, esses requisitos tomam como fundamento a defesa do interesse coletivo e a manutenção da ordem pública. Um exemplo que pode ser citado acerca destes requisitos é quando uma categoria de médicos de um hospital particular que reivindica por melhores condições na jornada de trabalho, não pode simplesmente paralisar os serviços, deve ser mantido um quórum mínimo de funcionamento, que garanta pelo menos o atendimento das causas mais urgentes.

O parágrafo segundo do artigo 9º da Constituição Federal define que os abusos cometidos no exercício deste direito sujeitam os responsáveis às penalidades existentes na legislação, ou seja, se o exercício do direito de greve não for realizado conforme as disposições existentes em lei, além de poder ser declarada ilegal, os responsáveis pelo movimento poderão ainda sofrer as sanções cabíveis, definidas em Lei.

O sistema jurídico brasileiro, desde o Legislativo até o Judiciário, age de forma a assegurar o direito de greve aos trabalhadores, de tal forma que as lacunas existentes na legislação possam ser supridas pela atuação do Judiciário, como é o caso dos julgados do Supremo Tribunal Federal que estende a aplicação da Lei 7.783/89 aos servidores públicos civil. Esta legislação se aplica aos trabalhadores do setor privado, a greve dos servidores públicos seria disciplinada por lei específica, porém essa lei ainda não foi elaborada e devido a essa mora no Legislativo, o Judiciário (STF) entendeu em alguns julgados, que essa lei se estende aos servidores públicos. É importante destacar que ao mencionar Judiciário, não se trata de posição única, alguns órgãos deste poder assumem uma posição contrária, ou seja, que aquela lei não se estenderia aos servidores públicos.

4. SERVIDOR PÚBLICO

4.1 CONCEITO

Segundo Bittencourt (2005, p. 74) servidor público: "*é a denominação ampla que abrange todo aquele que se vincula profissionalmente com a Administração Pública, seja por meio de cargo ou emprego público*"[3].

De acordo com os ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello (2006, p. 231):

> Servidor público, como se pode depreender da Lei Maior, é a designação genérica ali utilizada para englobar, de modo abrangente, todos aqueles que mantêm vínculos de trabalho profissional com as entidades governamentais, integrados em cargos ou empregos da União, Estados, Distrito Federal, Municípios, respectivas autarquias e fundações de Direito Público. Em suma: são os que entretêm com o Estado e com as pessoas de Direito Público da administração indireta relação de trabalho de natureza profissional e caráter não eventual sob vínculo de dependência[4].

Maria Silvia Zanella Di Pietro (2002, p. 430) preleciona que "são servidores públicos, em sentido amplo, as pessoas físicas que prestam serviço ao Estado e às entidades da Administração Indireta, com vínculo empregatício e mediante remuneração paga pelos cofres públicos"[5].

Di Pietro (2002, p. 430) complementa que: "*[...] 'servidor público' é a expressão empregada hora em sentido amplo, para designar todas as pessoas físicas que prestam serviços ao Estado e às entidades da Administração Indireta, com vínculo empregatício, ora em sentido menos amplo, que exclui os que prestam serviços às entidades com personalidade jurídica de direito privado*".

Os principais pontos que podem ser destacados nos conceitos de servidor público acima transcritos são o vínculo que é de dependência, o regime jurídico que deve ser próprio, a sua subordinação hierárquica, que confirma a sua dependência e a origem da sua remuneração, que deve provir dos cofres públicos.

4.2 CLASSIFICAÇÃO

De acordo com a doutrina, os servidores públicos se dividem em militares e civis, levando em consideração a disposição da Constituição Federal que trata dos servidores públicos civis do seu artigo 39 ao artigo 41, enquanto que os militares ainda são divididos em servidores militares das forças armadas e militares dos Estados, Distrito Federal e Territórios. Outra classificação que pode ainda ser encontrada na doutrina é a que divide os servidores públicos em servidores públicos comuns e servidores

públicos especiais, o doutrinador Carvalho Filho (2000, p. 654) faz a distinção entre estes da seguinte maneira: "*servidores públicos comuns são aqueles a quem incumbe o exercício das funções administrativas em geral e o desempenho das atividades de apoio aos objetos básicos do Estado [...]. Servidores públicos especiais são aqueles que executam certas funções de especial relevância no contexto geral das funções do Estado, sendo, por isso mesmo, sujeito a regime jurídico funcional diferenciado*"[6].

Os servidores públicos comuns podem ser estatutários ou celetistas, ou seja, podem ser regidos tanto por estatuto, quanto pela CLT, a depender do regime a que se submetam, enquanto que os servidores públicos especiais só podem ser estatutários, regidos por estatuto, estabelecido por lei.

Há uma terceira classificação também encontrada na doutrina, que é a que classifica os servidores públicos em estatutários, celetistas e temporários. Os servidores estatutários são aqueles regidos por um estatuto, no estatuto que rege essa relação jurídica deve conter os direitos e deveres dos servidores a que se aplicam e do Estado. Os servidores celetistas são aqueles que se submetem ao regime vigente na CLT, ou seja, as regras de direito privado aplicam-se a estes no que couber e os servidores públicos temporários são aqueles contratados por tempo determinado, para que possa atender também a necessidade temporária conforme dispõe o artigo 37, inciso IX, in verbis: "*A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: IX – a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público*".

4.3 SERVIDORES CELETISTAS E ESTATUTÁRIOS

No que tange ao direito de greve dos servidores públicos, os servidores classificados como servidores celetistas e servidores estatutários, também recebem tratamento diferenciado por parte de alguns órgãos do Judiciário, que publicam julgados com posicionamentos diversos.

Alguns doutrinadores divergem acerca do regime que deve ser adotado para os servidores públicos em geral, alguns defendem que o regime a ser adotado deve ser único para todos os servidores públicos, não devendo haver a distinção entre servidores públicos celetistas e estatutários, outros

doutrinadores já superaram esse entendimento e acreditam hoje que o regime a ser adotado para a categoria dos servidores públicos dependerá única e exclusivamente da atividade a ser desenvolvida por este, ou seja, é a atividade que designará em qual regime jurídico aquele servidor público se enquadrará.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2000, p.423-424) lecionando acerca do regime jurídico a ser aplicado ao servidor público entende que com o advento da Emenda Constitucional nº 19 de 1998, não há que se falar mais na exigência de um regime jurídico único para os servidores, sendo que os entes federativos deverão escolher qual regime será adotado, com exceção, claro, dos casos em que a Constituição expressamente impõe o regime que deverá ser adotado, acerca do tema Di Pietro dispõe que:

> Com a exclusão da norma constitucional do regime jurídico único, ficará cada esfera de governo com liberdade para adotar regimes jurídicos diversificados, seja o estatutário, seja o contratual, ressalvadas aquelas carreiras institucionalizadas em que a própria Constituição impõe, implicitamente, o regime estatutário, uma vez que exige que seus integrantes ocupem cargos organizados em carreira (Magistratura, Ministério Público, Tribunal de Contas, Advocacia Pública, Defensoria Pública e Polícia), além de outros cargos efetivos, cujos ocupantes exerçam atribuições que o legislador venha a definir como 'atividades exclusivas do Estado', conforme previsto no art. 247 da Constituição, acrescido pelo artigo 32 da Emenda Constitucional nº 19/98.
>
> Na esfera federal, a Lei nº 8.112, de 11.12.90, alterada pela Lei nº 9.527, de 10.10.97, estabeleceu o regime estatutário como regime jurídico único para os servidores da administração direta, autarquias e fundações públicas. A lei continua a aplicar-se, apenas deixando de ser obrigatória para todas as categorias de servidores, já que a Emenda Constitucional nº 19 acabou com a exigência de uniformidade de regime jurídico. Em outras palavras, o regime estatutário poderá coexistir com o regime contratual[7].

Explorando um pouco acerca do regime celetista Carvalho Filho (2000, p. 438), ressalva importantes características a serem observadas nesse regime, que por certo ajudarão na diferenciação entre os regimes celetistas e estatutários:

> As características desse regime se antagonizam com as do regime estatutário. Primeiramente, o regime se caracteriza pelo princípio da unicidade normativa, porque o conjunto integral das normas reguladoras se encontra em um único diploma legal – a CLT. Significa que, tantas quantas sejam as pessoas federativas que adotem esse regime, todas elas deverão se guiar pelas regras desse único diploma. Neste caso, o Estado, figura como simples empregador, na mesma posição, por conseguinte, dos empregados de modo geral.
>
> Outra característica diz respeito à natureza da relação jurídica entre o Estado e o servidor trabalhista. Diversamente do que ocorre no regime estatutário, essa relação jurídica é de natureza contratual. Significa dizer que o Estado e seu servidor trabalhista celebram efetivamente contrato de trabalho nos mesmos moldes adotados para a disciplina das relações gerais entre capital e trabalho[8].

Há ainda uma enorme discussão acerca do regime jurídico a ser aplicado aos servidores públicos, porém com a Emenda Constitucional nº 19 de 1998, essa discussão se pacificou um pouco mais, já que a emenda extinguiu a exigência de um regime jurídico único aos servidores públicos, ficando a ressalva apenas para os casos em que a Constituição Federal expressamente especifique qual regime jurídico deverá ser adotado, como é o caso, por exemplo, das atividades definidas como exclusivas do Estado, como por exemplo, a Magistratura, a Advocacia Pública, etc.

4.4 SERVIDORES PÚBLICOS EM ESTÁGIO PROBATÓRIO

O estágio probatório nada mais é do que o período de três anos contados a partir da data de ingresso no emprego ou cargo público, para

que o servidor passe por uma avaliação ou ainda por uma adaptação em seu desempenho funcional, onde essa avaliação contribuirá para a sua efetividade ou não no cargo ou emprego, ou seja, o estágio probatório nada mais é do que o período em que o servidor se encontra em constante avaliação.

É importante ressaltar que a data de ingresso no emprego ou cargo público, acima referida equivale a sua nomeação para o cargo de provimento efetivo e ainda a sua entrada em exercício, ou seja, não basta que o indivíduo tenha sido nomeado, é necessário ainda que este comece a exercer as suas atividades para que então a partir daí possa ser avaliado o seu desempenho.

Visto o conceito de estágio probatório é possível concluir que dentro dos conceitos trazidos nada há que se falar em diferenciações no que tange aos direitos dos servidores em estágio probatórios e os demais servidores públicos que já passaram por essa fase, com exceção claro da estabilidade, que é concedida ao servidor após os três anos a que ele está submetido às avaliações de desempenho, portanto é possível, visto isto não há que se falar em diferenciação no que tange ao direito de greve dos servidores em estágio probatório, ou seja, o direito de greve poderá ser exercido tanto pelo servidor que não esteja em estágio probatório, quanto pelo que ainda esteja nessa situação.

Acerca desse entendimento do exercício do direito de greve pelos servidores em estágio probatório, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul[9] dispõe inúmeros julgados posicionando-se de forma favorável ao exercício deste direito que é assegurado pela Constituição Federal de 1988 em seu artigo 37, inciso VII a todos os servidores públicos, inclusive aos servidores em estágio probatório, que não deixam de ser servidores por estarem cumprindo o estágio acerca do tema, conforme se verifica abaixo nos julgados transcritos:

> EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR EM ESTÁGIO PROBATÓRIO. PARTICIPAÇÃO NA GREVE DOS SERVIDORES DA JUSTIÇA. DEMISSÃO POR NÃO PREENCHER O REQUISITO "EFETIVIDADE". ESTADO DE GREVE E ESTADO DE INQUIETUDE. A SIMPLES ADESÃO A GREVE NÃO CONSTITUI FALTA GRAVE QUE AUTORIZA DEMISSÃO DO

> SERVIDOR, AINDA QUE NA FLUÊNCIA DE SEU ESTÁGIO PROBATÓRIO. O ESTADO DE GREVE CRIA NO TRABALHADOR O ESTADO DE INQUIETUDE, QUE GERA SITUAÇÃO DE GRAVE CONSTRANGIMENTO EM FACE DOS COLEGAS DE TRABALHO E EM FACE DA ADMINISTRAÇÃO. E PORQUE A GREVE IMPÕE A SUSPENSÃO DO TRABALHO, E JUSTA CAUSA PARA AFASTAR A EXIGÊNCIA DA ASSIDUIDADE, ENQUANTO ELA DURAR. A CORREGEDORIA-GERAL DA JUSTIÇA INFORMA QUE NADA CONSTA EM DESABONO DO SERVIDOR IMPETRANTE E LOGO SÓ A GREVE FOI CAUSA PARA SUA DESPEDIDA. INJUSTIÇA DA DEMISSÃO. ORDEM CONCEDIDA PARA TORNAR SEM EFEITO A EXONERAÇÃO E REINTEGRAR O IMPETRANTE NO CARGO, POR MAIORIA DE VOTOS. (Mandado de Segurança nº 596164046, relator: João Aymoré Barros Costa, Julgado em 16/12/1996)

> MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO CIVIL. ADESÃO À GREVE. AUSÊNCIA DE FALTA GRAVE. A FALTA DE INSTEGRAÇÃO DA NORMA DO ART. 9 DA CF NÃO AUTORIZA SE CONSIDERE COMO FALTA GRAVE A ADESÃO À GREVE POR SERVIDOR PÚBLICO CIVIL EM ESTÁGIO PROBATÓRIO E LHE ENSEJE A DEMISSÃO. SEGURANÇA CONCEDIDA. (Mandado de Segurança Nº 595198466, Tribunal Pleno, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Celeste Vicente Rovani, Julgado em 01/09/1997).

Por quanto fica registrado aqui o posicionamento da jurisprudência que nada obsta com relação ao exercício do direito de greve pelos servidores em estágio probatório, posto que ainda que em estágio probatório, o indivíduo não deixa de ser servidor e por isso faz jus ao direito assegurado pela Constituição em seu artigo 37, inciso VII.

5. O DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS

5.1 DA EXIGÊNCIA DA LEI ESPECÍFICA E DA OMISSÃO LEGISLATIVA

O direito de greve é uma prerrogativa de todo trabalhador, seja ele público ou privado, com a devida observação das peculiaridades concernentes às atividades essenciais, esse direito é reconhecido pela própria Constituição Federal em seu artigo 37, inciso VII, onde diz que, "*o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica*".

Porém, embora haja o reconhecimento deste direito por parte do legislador constituinte, este mesmo legislador diz que os termos e limites deste exercício só serão definidos por lei específica, ou seja, uma lei federal que terá como conteúdo específico somente aquela matéria, o que ocorre é que até a presente data esta lei ainda não foi elaborada, o que gera uma enorme insatisfação por parte destes trabalhadores públicos que querem ver seus direitos reconhecidos, gera também uma enorme discussão doutrinária acerca do assunto, mas, também demonstra a mora e a omissão do Poder Legislativo no sentido de resolver este impasse.

Na extensa discussão doutrinária acerca do assunto, o primeiro ponto a ser debatido, e um pouco menos polêmico que os demais, diz respeito à questão da espécie normativa que deverá ser criada para definir as especificidades do exercício do direito de greve, ou seja, a espécie de lei que definirá os termos e limites em que este direito será exercido, se será por meio de lei complementar ou por meio de lei específica, tendo em vista que a Lei 7.783 de 1989, que trata do direito de greve, diz em seu artigo 16, que para os fins previstos no art. 37, inciso VII, da Constituição, lei complementar definirá os termos e os limites em que o direito de greve poderá ser exercido, enquanto que, após a Emenda Constitucional nº 19 de 1998, o inciso VII, do artigo 37 da Constituição Federal foi alterado e passou a estabelecer a figura da lei específica para regular o exercício do direito de greve.

Diante de tal polêmica é perceptível a vontade do legislador de facilitar as coisas, ou pelo menos a vontade de amenizar o procedimento para a aprovação de tal espécie normativa tendo em vista que a aprovação da lei específica dispensa o quórum qualificado, exigido pelo artigo 69 da

Carta Magna, por isso fica claro aqui que os termos e limites do exercício do direito de greve serão estabelecidos por lei específica como menciona a Constituição Federal e não por lei complementar como anteriormente citado pela Lei 7.783 de 1989.

Outro ponto que é muito debatido na doutrina brasileira é com relação ao alcance e com relação à eficácia do artigo 37, inciso VII da Constituição, posto que alguns doutrinadores acreditam se tratar de uma norma de eficácia plena, devendo ser interpretado como um direito fundamental e que por isso deve ser exercido de pronto, de imediato, não devendo haver dessa forma condições para o seu exercício, outros doutrinadores já defendem a ideia de que esta é uma norma de eficácia contida e por isso o seu exercício pode ser condicionado aos limites da legislação específica a que se refere o artigo, mas no caso da inexistência desta lei específica para regular seu exercício, este direito poderá ser livremente exercido, por fim uma terceira corrente doutrinária defende a ideia de que esta é uma norma de eficácia limitada e que por isso esse direito só poderia ser exercido mediante a edição da citada lei específica.

Defendendo a ideia de que o inciso VII, do artigo 37 da Constituição Federal é uma norma de eficácia limitada, que condiciona o exercício do direito de greve à edição da lei específica, o doutrinador Bastos (2002, p. 430-431) defende que:

> A atual (Constituição) introduziu, sem dúvida, uma sensível alteração, contemplando (a greve) como algo "em tese" exercitável. Dizemos "em tese" porque a eficácia desse preceito depende de legislação integradora, qual seja, lei específica. Não se trata aqui de outra espécie normativa, mas sim de uma lei ordinária federal, que deverá tratar somente daquela matéria. [...] Embora não se desconheça o fato de que mesmo as normas demandantes de integração produzem certos efeitos, no caso não há possibilidade alguma, em nosso entender, de se invocar o preceito constitucional para legitimar greves exercidas no setor público, sobretudo na Administração centralizada. A absoluta ausência de normatividade complementar priva o preceito de eficácia. A prática da greve nesse setor torna-se necessariamente ilegal por falta de escoro jurídico[10].

Seguindo essa mesma linha de pensamento em que o citado artigo seja uma norma de eficácia limitada, onde o seu exercício depende único e exclusivamente da edição de lei específica, Maria Helena Diniz (1998, p. 683) acrescente que a:

> Paralisação de serviço público por funcionário, permitida por norma constitucional, desde que haja regulamentação por lei. Com isso, além da lacuna técnica, está presente a lacuna axiológica. A institucionalização constitucional da greve do funcionário, dependente de regulamentação de seu exercício, é um recurso antissocial, incompatível com o princípio da obediência hierárquica, da continuidade dos serviços públicos e com o regime estatutário a que subordinam os agentes públicos, assim como contrária ao fim e à sobrevivência do Estado, por paralisar serviço público de interesse coletivo indispensável ao bem-estar da sociedade, visto que não há como suprir sua ausência. Ante as desordens e os graves prejuízos que acarretam à sociedade e à população, e a injustiça ou situação indesejável que desencadeia, poderá instaurar no sistema jurídico uma lacuna axiológica[11].

Divergindo dos posicionamentos acima expostos e entendendo que o referido artigo é uma norma de eficácia contida e que por isso precisa da edição da lei específica para ser exercida, porém no caso da inexistência desta, que é o que ocorre o direito poderá ser livremente exercido, o doutrinador Gasparini (2007, p. 196), preleciona que:

> Segundo a sistematização de José Afonso da Silva, a norma em apreço é de eficácia contida (a que tem aplicabilidade imediata, integral, plena, não obstante possa ter seu alcance reduzido pela legislação infraconstitucional). Essa lei ainda não foi editada. Não obstante isso, o direito de greve do servidor público é exercitável, ressalvadas, como ensina Celso Antônio Bandeira de Mello, apenas as necessidades inadiáveis da comunidade, identificadas segundo o critério da razoabilidade[12].

Complementando essa linha de pensamento, o ilustre doutrinador José Afonso da Silva (2009, p.700) dispõe que: "*o direito de greve, em tal caso, existe por força de norma constitucional, não por força de lei. Não é a lei que vai criar o direito. A Constituição já o criou. Nesses casos de norma de eficácia contida, a lei referida na norma, quando promulgada, é apenas restritiva do direito reconhecido, não geradora desse direito. Isso significa que enquanto a lei não vem, o direito há que prevalecer em sua amplitude constitucional*"[13].

Pacificando toda essa divergência acerca do exercício do direito de greve pelos servidores públicos e consequentemente interpretando o artigo 37, inciso VII, da Constituição Federal como uma norma de eficácia contida, onde o exercício de tal direito pode ser realizado dentro dos limites estabelecidos por lei específica, quando esta for criada, o Supremo Tribunal Federal, posicionou-se de modo que o exercício ao direito de greve dos servidores públicos estaria sujeito aos limites da Lei 7.783/1989 no que coubesse, já que até o presente momento a lei específica ainda não foi criada, esse entendimento está descrito no julgado abaixo:

> O exercício do direito de greve suscita polêmica. Ele pode ser exercido "nos termos e limites definidos em lei específica" (CF, Art. 37, VII). Inicialmente entendeu-se que a ausência de lei específica inibia o exercício do direito (STF, RDA, 207/226). O Tribunal de Justiça de São Paulo decidiu no mesmo sentido (JTJ, 198:80), mas o Superior Tribunal de Justiça já concluiu de forma contrária (no sentido que a ausência de que a ausência de regulamentação não inibe o exercício do direito: RMS 2.693, DJU, 10-10-1993; RMS 2.764, DJU, 2-8-1993; RMS 4.520, DJU, 7-8-1995). Por fim, diante do excesso de mora do legislador, ao julgar o Mandado de Injunção n° 712, o STF, em nítida interpretação evolutiva, deliberou, com força *erga omnes*, que, enquanto não houver regulamentação específica, o direito de greve dos servidores públicos civis será exercido com observância das regras que regem o direito de greve para os empregados da iniciativa privada (Lei 7.783/1989), no que couber.

É fato que o direito de greve existe, é um direito social reconhecido

pela Carta Magna de 1988, portanto é insuscetível de indagações acerca do direito ou não de seu exercício, ou seja, é fato que este é um direito plenamente exercitável, porém o que se discute aqui é a regulamentação do exercício de tal direito. No âmbito geral, essa regulamentação foi feita pela Lei 7.783 de 1989, porém o direito de greve no serviço público carece de uma regulamentação específica, tendo vista que na maioria das vezes, a sociedade é o maior interessado no desenvolvimento deste serviço e a sua paralisação poderia ocasionar graves danos aos anseios desta sociedade.

Como parte desta sociedade, o servidor público também deseja ver os seus direitos reconhecidos, sendo assim é correto afirmar que a luta por melhores condições de trabalho ou por melhores condições salariais também é um direito que lhes assiste, e por isso o direito de greve do servidor público é plenamente exercitável ainda que a sua regulamentação específica não tenha ocorrido, principalmente depois que a mais alta Corte jurisdicional de nosso país se posicionou de modo favorável ao exercício deste direito ainda que a referida lei específica não tenha sido criada.

Outra questão divergente na doutrina é com relação à competência para a elaboração da referida lei específica, a que se refere à Constituição Federal, acerca desse assunto Di Pietro (2005, p.473) leciona que:

> O artigo 37, incisos VI e VII, da Constituição, com redação da Emenda Constitucional nº 19, assegura ao servidor público o direito à livre associação sindical e o direito de greve, que "será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica". O primeiro é autoaplicável; o segundo depende de lei. Na redação original do inciso VII, exigia-se lei complementar para regulamentar o direito de greve; pela nova redação, exige-se lei específica. Como a matéria de servidor público não é privativa da União, entende-se que cada esfera de governo deverá disciplinar o direito de greve por lei própria[14].

Adotando um entendimento diverso o doutrinador Carvalho Filho (2007, p. 655) diz que:

> A despeito do entendimento de alguns estudiosos de que a lei específica deve emanar de cada ente

> federativo responsável pela regulamentação do dispositivo constitucional, sob o argumento de que a matéria seria de direito administrativo, parece-nos, ao contrário, que a lei deve ser federal, aplicável a todas as pessoas políticas. Trata-se de dispositivo situado no capítulo da "Administração Pública", cujas regras formam o estatuto funcional genérico e que, por isso mesmo, têm incidência em todas as esferas federativas. À lei federal caberá enunciar, de modo uniforme, os termos e condições para o exercício do direito de greve, constituindo-se como parâmetro para toda a Administração[15].

Independentemente da competência para a elaboração da lei específica, seja ela uma lei federal que se aplique de modo uniforme a toda administração ou seja ela uma lei própria de cada esfera, o importante, é frisar que ela precisa ser elaborada, tendo em vista que a greve é um direito que precisa ser exercido quando necessário e para isso precisa observar os devidos moldes legais.

Acerca desse assunto, Barros (2010, p. 1313-1314) entende que: "*a partir do momento em que a greve, como fenômeno fático, ingressou no mundo jurídico não se pode esquivar de sua regulamentação, por mais difícil que ou complexa que seja [...] A regulamentação é um imperativo, cujo objeto é garantir a efetividade do conteúdo essencial desses direitos*"[16].

A autora apenas confirmou a necessidade de elaboração da lei específica que regulamentará o exercício desse direito, garantindo assim que não haverá abuso, nem por parte dos servidores, nem por parte da administração, tanto no que diz respeito às negociações laborais, tanto no que diz respeito às condições do exercício do direito de greve.

5.2 A GREVE NO SERVIÇO PÚBLICO E O PRINCÍPIO DA CONTINUIDADE DOS SERVIÇOS PÚBLICOS

O serviço público é regido pelos princípios que regem a administração pública e um desses princípios é o princípio da continuidade dos serviços públicos, que advém do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, neste princípio prevalece o interesse da coletividade, da sociedade como um todo e não de cada indivíduo isoladamente,

e é justamente visando manter este interesse da coletividade que surge o princípio da continuidade dos serviços públicos, em que os serviços considerados essenciais, não podem em hipótese alguma ser interrompidos. Do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado também decorre o princípio do dever inescusável do Estado em prestar o serviço público, de acordo com esse princípio o poder público não poderá em hipótese alguma se negar a prestar os serviços considerados essenciais.

Bastos (2002, p.117) lecionando acerca da prestação dos serviços designados como essenciais, preleciona que:

> O serviço público deve ser prestado de maneira contínua, o que significa dizer que não é passível de interrupção. Isto ocorre pela própria importância de que o serviço público se reveste, o que implica ser colocado à disposição do usuário com qualidade e regularidade, assim como com eficiência e oportunidade "… " Essa continuidade se afigura em alguns casos de maneira absoluta, quer dizer, sem qualquer abrandamento, como ocorre com serviços que atendem necessidades permanentes, como é o caso de fornecimento de água, gás, eletricidade. Diante, pois, da recusa de um serviço público, ou do seu fornecimento, ou mesmo da cessação indevida deste, pode o usuário utilizar-se das ações judiciais cabíveis, até as de rito mais célere, como o mandado de segurança e a própria ação cominatória[17].

Muitos autores fundamentavam a impossibilidade do exercício do direito de greve em função desse princípio, ou seja, alegam que os serviços públicos essenciais não poderiam ser jamais interrompidos ou paralisados, tendo em vista se tratar de serviços indispensáveis à coletividade. Porém o que deve ser observado no caso de paralisação dos serviços essenciais, é que estes deverão ser mantidos em funcionamento, pelo menos com o propósito de atender as necessidades mais urgentes como prevê a Lei 7.783/89, em seu artigo 11: "*nos serviços ou atividades essenciais, os sindicatos, os empregadores e os trabalhadores ficam obrigados, de comum acordo, a garantir, durante a greve, a prestação dos serviços indispensáveis ao atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade*".

Devido aos limites estabelecidos na lei de greve, o exercício deste direito passou a ser estendido também aos trabalhadores dos serviços essenciais, desde que sejam respeitados os moldes estabelecidos por estar no que diz respeito aos serviços essenciais, de acordo com essa lei, em seu artigo 9º, in verbis:

> Art. 9º Durante a greve, o sindicato ou a comissão de negociação, mediante acordo com a entidade patronal ou diretamente com o empregador, manterá em atividade equipes de empregados com o propósito de assegurar os serviços cuja paralisação resultem em prejuízo irreparável, pela deterioração irreversível de bens, máquinas e equipamentos, bem como a manutenção daqueles essenciais à retomada das atividades da empresa quando da cessação do movimento.

A lei permite o exercício da greve, porém uma equipe de empregados deverá assegurar à coletividade, que dessa paralisação não decorra nenhum prejuízo irreparável, logo o princípio da continuidade do serviço público, está sendo assegurado pela aplicação da própria lei de greve.

5.3 LIMITAÇÕES IMPOSTAS PELA LEI 7.783/89

A Constituição Federal ao dispor sobre o direito de greve dos trabalhadores não fala expressamente sobre limites, pelo contrário, deixa ao livre arbítrio do trabalhador a decisão sobre a oportunidade de exercer esse direito, porém, ao mencionar que os responsáveis por abusos no exercício deste direito estarão sujeitos às penas da lei, está aí a Constituição, implicitamente estabelecendo um limite ao exercício deste direito, mais adiante ao tratar do direito de greve do servidor público, o legislador constituinte também não estabelece limites para o exercício deste direito, porém deixa a cargo de lei específica a competência para estabelecer os termos e os limites em que a greve será exercitada.

De acordo com o próprio princípio da continuidade dos serviços públicos abordado anteriormente, os serviços públicos não poderão ser interrompidos, tendo em vista que atendem diretamente aos interesses da coletividade, e como o princípio basilar de toda administração pública é a

supremacia do interesse público sobre o privado, não poderia o interesse de uma classe de trabalhadores, ir de encontro aos interesses de toda coletividade.

Baseado neste princípio da continuidade dos serviços públicos, o legislador infraconstitucional ao elaborar a Lei 7.783 de 1989, que trata do direito de greve de uma forma geral, impõe explicitamente alguns limites ao exercício deste direito, como é possível verificar na leitura do artigo 9º, 11 e 13, da referida lei, abaixo transcritos:

> Art. 9º Durante a greve, o sindicato ou a comissão de negociação, mediante acordo com a entidade patronal ou diretamente com o empregador, manterá em atividade equipes de empregados com o propósito de assegurar os serviços cuja paralisação resultem em prejuízo irreparável, pela deterioração irreversível de bens, máquinas e equipamentos, bem como a manutenção daqueles essenciais à retomada das atividades da empresa quando da cessação do movimento.
> Art. 11. Nos serviços ou atividades essenciais, os sindicatos, os empregadores e os trabalhadores ficam obrigados, de comum acordo, a garantir, durante a greve, a prestação dos serviços indispensáveis ao atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade.
> Parágrafo único. São necessidades inadiáveis, da comunidade aquelas que, não atendidas, coloquem em perigo iminente a sobrevivência, a saúde ou a segurança da população.
> Art. 13 Na greve, em serviços ou atividades essenciais, ficam as entidades sindicais ou os trabalhadores, conforme o caso, obrigados a comunicar a decisão aos empregadores e aos usuários com antecedência mínima de 72 (setenta e duas) horas da paralisação.

Os serviços essenciais são uma limitação ao direito de greve tanto para o trabalhador da esfera privada quanto para o servidor público, isso não quer dizer que há uma impossibilidade do exercício desse direito, mas que esse direito só poderá ser exercido mediante a observância de

algumas condições, como por exemplo, diante dos serviços essenciais, a paralisação não poderá ser geral, terá sempre que haver um percentual mínimo de funcionários que darão continuidade ao serviço de modo que possam atender as necessidades mais urgentes da coletividade. Os serviços essenciais estão elencados no artigo 10 da Lei 7.783/89, são eles:

> Art. 10 São considerados serviços ou atividades essenciais:
> I – tratamento e abastecimento de água; produção e distribuição de energia elétrica, gás e combustíveis;
> II – assistência médica e hospitalar;
> III – distribuição e comercialização de medicamentos e alimentos;
> IV – funerários;
> V – transporte coletivo;
> VI – captação e tratamento de esgoto e lixo;
> VII – telecomunicações;
> VIII – guarda, uso e controle de substâncias radioativas, equipamentos e materiais nucleares;
> IX – processamento de dados ligados a serviços essenciais;
> X – controle de tráfego aéreo;
> XI – compensação bancária.

Alguns doutrinadores dispõem sobre outra limitação, a qual estaria ligada ao estágio probatório do servidor público, ou seja, alguns autores defendem a ideia de que o servidor em estágio probatório não poderia jamais aderir ao movimento grevista, dispondo que este não faria jus a este direito justamente por estar cumprindo o seu estágio probatório, porém a Constituição Federal não faz menção nenhuma ao tipo de servidor que fará jus ao exercício deste direito, pelo contrário, a própria Constituição veda a discriminação, consagrando o princípio da igualdade, por isso não seria possível alegar a inexistência deste direito, fundamentando-se na desigualdade entre servidores que cumprem estágio probatório e os que já cumpriram, tendo em vista que esta desigualdade não existe.

Sobre o assunto o Supremo Tribunal Federal, julgando o Recurso Extraordinário nº 226966 do Rio Grande do Sul, decidiu que o direito de greve do servidor em estágio probatório é plenamente exercitável, independentemente de sua estabilidade ou não, conforme jurisprudência

abaixo transcrita:

> EMENTA: DIREITOS CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. DIREITO DE GREVE. SERVIDOR PÚBLICO EM ESTÁGIO PROBATÓRIO. FALTA POR MAIS DE TRINTA DIAS. DEMISSÃO. SEGURANÇA CONCEDIDA. 1. A simples circunstância de o servidor público estar em estágio probatório não é justificativa para demissão com fundamento na sua participação em movimento grevista por período superior a trinta dias. 2. A ausência de regulamentação do direito de greve não transforma os dias de paralisação em movimento grevista em faltas injustificadas. 3. Recurso extraordinário a que se nega seguimento[18].

Reconhecido o direito de greve do servidor em estágio probatório não há que se falar em limitação ao direito de greve, posto que este servidor possui o mesmo direito que os demais servidores, não devendo haver discriminação pelo fato deste servidor estar cumprindo seu estágio probatório.

5.4 A GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

Assim como a doutrina brasileira, a jurisprudência brasileira também diverge no que diz respeito ao direito de greve dos servidores públicos, principalmente no que diz respeito à eficácia da norma contida na Constituição, que concede o direito de greve dos servidores públicos, alguns julgados tendem a julgar esta, como uma norma de eficácia limitada e que por isso o direito de greve dos servidores públicos só poderia ser exercido mediante a vigência da lei específica, a que se refere a Constituição.

De outro lado, os julgados mais recentes estão entendendo que se trata de uma norma de eficácia contida e que por isso necessita da edição da lei específica para regulamentar o seu exercício, mas entende também que o direito não pode deixar de ser exercido pela omissão legislativa, ou seja, o direito não pode deixar de ser exercido porque a lei ainda não foi elaborada, devendo-se então, enquanto durar a omissão legislativa, aplicar a Lei 7.783/89.

Na Reclamação 6.568 de 2009, abaixo transcrita o STF, já adota um entendimento diverso dos expostos anteriormente, defendendo a inaplicabilidade da Lei 7.783 de 1989 aos servidores públicos, bem como negando o exercício deste direito a alguns funcionários públicos que exercem atividades designadas como essenciais:

> EMENTA: RECLAMAÇÃO. SERVIDOR PÚBLICO. POLICIAIS CIVIS. DISSÍDIO COLETIVO DE GREVE. SERVIÇOS OU ATIVIDADES PÚBLICAS ESSENCIAIS. COMPETÊNCIA PARA CONHECER E JULGAR O DISSÍDIO. ARTIGO 114, INCISO I, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DIREITO DE GREVE. ARTIGO 37, INCISO VII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. LEI N. 7.783/89. INAPLICABILIDADE AOS SERVIDORES PÚBLICOS. DIREITO NÃO ABSOLUTO. RELATIVIZAÇÃO DO DIREITO DE GREVE EM RAZÃO DA ÍNDOLE DE DETERMINADAS ATIVIDADES PÚBLICAS. AMPLITUDE DA DECISÃO PROFERIDA NO JULGAMENTO DO MANDADO DE INJUNÇÃO N. 712. ART. 142, § 3º, INCISO IV, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. INTERPRETAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO. AFRONTA AO DECIDIDO NA ADI 3.395. INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO PARA DIRIMIR CONFLITOS ENTRE SERVIDORES PÚBLICOS E ENTES DA ADMINISTRAÇÃO ÀS QUAIS ESTÃO VINCULADOS. RECLAMAÇÃO JULGADA PROCEDENTE. 1. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o MI n. 712, afirmou entendimento no sentido de que a Lei n. 7.783/89, que dispõe sobre o exercício do direito de greve dos trabalhadores em geral, é ato normativo de início inaplicável aos servidores públicos civis, mas ao Poder Judiciário dar concreção ao artigo 37, inciso VII, da Constituição do Brasil, suprindo omissões do Poder Legislativo. 2. Servidores públicos que exercem atividades relacionadas à manutenção da ordem pública e à segurança pública, à administração da

Justiça --- aí os integrados nas chamadas carreiras de Estado, que exercem atividades indelegáveis, inclusive as de exação tributária --- e à saúde pública. A conservação do bem comum exige que certas categorias de servidores públicos sejam privadas do exercício do direito de greve. Defesa dessa conservação e efetiva proteção de outros direitos igualmente salvaguardados pela Constituição do Brasil. 3. Doutrina do duplo efeito, segundo Tomás de Aquino, na Suma Teológica (II Seção da II Parte, Questão 64, Artigo 7). Não há dúvida quanto a serem, os servidores públicos, titulares do direito de greve. Porém, tal e qual é lícito matar a outrem em vista do bem comum, não será ilícita a recusa do direito de greve a tais e quais servidores públicos em benefício do bem comum. Não há mesmo dúvida quanto a serem eles titulares do direito de greve. A Constituição é, contudo, uma totalidade. Não um conjunto de enunciados que se possa ler palavra por palavra, em experiência de leitura bem comportada ou esteticamente ordenada. Dela são extraídos, pelo intérprete, sentidos normativos, outras coisas que não somente textos. A força normativa da Constituição é desprendida da totalidade, totalidade normativa, que a Constituição é. Os servidores públicos são, seguramente, titulares do direito de greve. Essa é a regra. Ocorre, contudo, que entre os serviços públicos há alguns que a coesão social impõe sejam prestados plenamente, em sua totalidade. Atividades das quais dependam a manutenção da ordem pública e a segurança pública, a administração da Justiça --- onde as carreiras de Estado, cujos membros exercem atividades indelegáveis, inclusive as de exação tributária --- e a saúde pública não estão inseridos no elenco dos servidores alcançados por esse direito. Serviços públicos desenvolvidos por grupos armados: as atividades desenvolvidas pela polícia civil são análogas, para esse efeito, às dos militares, em relação aos quais a Constituição expressamente proíbe a greve [art. 142, § 3º, IV][19].

Interpretando o julgado acima transcrito é possível perceber que os ministros julgadores da presente reclamação, defendem a ideia de que o direito de greve não pode ser exercido em algumas atividades, mais precisamente, naquelas atividades diretamente ligadas à manutenção da ordem pública, eles interpretam a limitação imposta às atividades essenciais, como uma limitação restritiva ou impeditiva, que impede ou restringe o direito de greve nestas atividades.

Abaixo segue alguns julgados que defendem a aplicação da lei de greve aos servidores públicos até que a lei específica seja criada, neste primeiro julgado o STF julga um agravo regimental no Agravo de Instrumento nº 618986 do Estado de São Paulo em 2008 e no segundo julgado o Superior Tribunal de Justiça julga um dissídio de greve de servidores públicos civis, de Petição nº 2010/0081850-3, publicado em fevereiro de 2011.

> EMENTA: CONSTITUCIONAL. SERVIDOR PÚBLICO. DIREITO DE GREVE. ALEGADA VIOLAÇÃO AO ART. 37, VII. PRECEITO CONSTITUCIONAL DE EFICÁCIA CONTIDA. NECESSIDADE DE NORMA INFRACONSTITUCIONAL. OFENSA REFLEXA. AGRAVO IMPROVIDO. I – O preceito constitucional que garante o exercício de greve aos servidores públicos é de eficácia contida, de acordo com jurisprudência consolidada desta Corte. II – A eficácia plena do preceito constitucional demanda a existência de norma infraconstitucional que regulamente os efeitos e a forma de exercício deste direito. III – A ausência de lei não conduz a conclusão de que a Administração Pública deveria considerar justificadas as faltas, a ofensa ao texto constitucional, se ocorrente, seria meramente reflexa. IV – Agravo regimental improvido[20].
>
> .....
>
> DISSÍDIO DE GREVE DE SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS. COMPETÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DA LEI Nº 7.783/89. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. NÃO ABUSIVIDADE DA PARALISAÇÃO.

> 1. A partir do julgamento do Mandado de Injunção nº 708/DF pelo Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça passou a admitir, originariamente, os dissídios coletivos de declaração sobre a paralisação do trabalho decorrente de greve pelos servidores públicos civis e as respectivas medidas cautelares quando em âmbito nacional ou abranger mais de uma unidade da federação, aplicando-se a Lei nº 7.783/89 enquanto a omissão não for devidamente regulamentada por lei específica para os servidores públicos civis, nos termos do inciso VII do artigo 37 da Constituição Federal[21].

Por fim, segue abaixo o julgado do STF de um mandado de injunção, que estabelece a competência do Supremo Tribunal Federal, para suprir a omissão legislativa, produzindo norma que torne viável o exercício deste direito, além de fundamentar sua decisão pelo reconhecimento do direito de greve dos servidores públicos, também através da interpretação literal da Constituição Federal:

> EMENTA: MANDADO DE INJUNÇÃO. ART. 5º, LXXI DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. CONCESSÃO DE EFETIVIDADE À NORMA VEICULADA PELO ARTIGO 37, INCISO VII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. LEGITIMIDADE ATIVA DE ENTIDADE SINDICAL. GREVE DOS TRABALHADORES EM GERAL [ART. 9º DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL]. APLICAÇÃO DA LEI FEDERAL N. 7.783/89 À GREVE NO SERVIÇO PÚBLICO ATÉ QUE SOBREVENHA LEI REGULAMENTADORA. PARÂMETROS CONCERNENTES AO EXERCÍCIO DO DIREITO DE GREVE PELOS SERVIDORES PÚBLICOS DEFINIDOS POR ESTA CORTE. CONTINUIDADE DO SERVIÇO PÚBLICO. GREVE NO SERVIÇO PÚBLICO. ALTERAÇÃO DE ENTENDIMENTO ANTERIOR QUANTO À SUBSTÂNCIA DO MANDADO DE INJUNÇÃO. PREVALÊNCIA DO INTERESSE SOCIAL.

INSUBSISTÊNCIA DO ARGUMENTO SEGUNDO O QUAL DAR-SE-IA OFENSA À INDEPENDÊNCIA E HARMONIA ENTRE OS PODERES [ART. 2º DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL] E À SEPARAÇÃO DOS PODERES [art. 60, § 4º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL]. INCUMBE AO PODER JUDICIÁRIO PRODUZIR A NORMA SUFICIENTE PARA TORNAR VIÁVEL O EXERCÍCIO DO DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS, CONSAGRADO NO ARTIGO 37, VII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. O acesso de entidades de classe à via do mandado de injunção coletivo é processualmente admissível, desde que legalmente constituídas e em funcionamento há pelo menos um ano. 2. A Constituição do Brasil reconhece expressamente possam os servidores públicos civis exercer o direito de greve --- artigo 37, inciso VII. A Lei n. 7.783/89 dispõe sobre o exercício do direito de greve dos trabalhadores em geral, afirmado pelo artigo 9º da Constituição do Brasil. Ato normativo de início inaplicável aos servidores públicos civis. 3. O preceito veiculado pelo artigo 37, inciso VII, da CB/88 exige a edição de ato normativo que integre sua eficácia. Reclama-se, para fins de plena incidência do preceito, atuação legislativa que dê concreção ao comando positivado no texto da Constituição. 4. Reconhecimento, por esta Corte, em diversas oportunidades, de omissão do Congresso Nacional no que respeita ao dever, que lhe incumbe, de dar concreção ao preceito constitucional. Precedentes. 5. Diante de mora legislativa, cumpre ao Supremo Tribunal Federal decidir no sentido de suprir omissão dessa ordem. Esta Corte não se presta, quando se trate da apreciação de mandados de injunção, a emitir decisões desnutridas de eficácia. 6. A greve, poder de fato, é a arma mais eficaz de que dispõem os trabalhadores visando à conquista de melhores condições de vida. Sua

autoaplicabilidade é inquestionável; trata-se de direito fundamental de caráter instrumental. 7. A Constituição, ao dispor sobre os trabalhadores em geral, não prevê limitação do direito de greve: a eles compete decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dela defender. Por isso a lei não pode restringi-lo, senão protegê-lo, sendo constitucionalmente admissíveis todos os tipos de greve. 8. Na relação estatutária do emprego público não se manifesta tensão entre trabalho e capital, tal como se realiza no campo da exploração da atividade econômica pelos particulares. Neste, o exercício do poder de fato, a greve, coloca em risco os interesses egoísticos do sujeito detentor de capital --- indivíduo ou empresa --- que, em face dela, suporta, em tese, potencial ou efetivamente redução de sua capacidade de acumulação de capital. Verifica-se, então, oposição direta entre os interesses dos trabalhadores e os interesses dos capitalistas. Como a greve pode conduzir à diminuição de ganhos do titular de capital, os trabalhadores podem em tese vir a obter, efetiva ou potencialmente, algumas vantagens mercê do seu exercício. O mesmo não se dá na relação estatutária, no âmbito da qual, em tese, aos interesses dos trabalhadores não correspondem, antagonicamente, interesses individuais, senão o interesse social. A greve no serviço público não compromete, diretamente, interesses egoísticos do detentor de capital, mas sim os interesses dos cidadãos que necessitam da prestação do serviço público. 9. A norma veiculada pelo artigo 37, VII, da Constituição do Brasil reclama regulamentação, a fim de que seja adequadamente assegurada a coesão social. 10. A regulamentação do exercício do direito de greve pelos servidores públicos há de ser peculiar, mesmo porque "serviços ou atividades essenciais" e "necessidades inadiáveis da coletividade" não se superpõem a "serviços

> públicos"; e vice-versa. 11. Daí porque não deve ser aplicado ao exercício do direito de greve no âmbito da Administração tão-somente o disposto na Lei nº 7.783/89. A esta Corte impõe-se traçar os parâmetros atinentes a esse exercício. 12. O que deve ser regulado, na hipótese dos autos, é a coerência entre o exercício do direito de greve pelo servidor público e as condições necessárias à coesão e interdependência social, que a prestação continuada dos serviços públicos assegura. 13. O argumento de que a Corte estaria então a legislar --- o que se afiguraria inconcebível, por ferir a independência e harmonia entre os poderes [art. 2º da Constituição do Brasil] e a separação dos poderes [art. 60, § 4º, III] --- é insubsistente. 14. O Poder Judiciário está vinculado pelo dever-poder de, no mandado de injunção, formular supletivamente a norma regulamentadora de que carece o ordenamento jurídico. 15. No mandado de injunção o Poder Judiciário não define norma de decisão, mas enuncia o texto normativo que faltava para, no caso, tornar viável o exercício do direito de greve dos servidores públicos. 16. Mandado de injunção julgado procedente, para remover o obstáculo decorrente da omissão legislativa e, supletivamente, tornar viável o exercício do direito consagrado no artigo 37, VII, da Constituição do Brasil[22].

Há divergência tanto na doutrina quanto na jurisprudência no que concerne o direito de greve dos servidores públicos, porém a jurisprudência majoritária, ou seja, a maioria dos tribunais reconhece o direito de greve dos servidores públicos e adotam a lei de greve como instrumento regulador deste direito, além do uso do mandado de injunção como forma de supressão da omissão legislativa, competente ao Supremo Tribunal Federal, até que a lei específica seja elaborada e finalmente o direito seja regulamentado.

O reconhecimento do direito pelos tribunais se dá pela simples interpretação literal da Constituição Federal, a fundamentação dos

ministros é sempre no sentido de que o direito é garantido pela Constituição e que por isso não pode ser em hipótese alguma, negado, e dizem ainda que o fato de inexistir lei específica que regulamente o exercício desse direito, não faz com que esse direito não possa ser exercido.

6. CONCLUSÃO

A greve é um instituto muito antigo muito embora a sua regulamentação no Brasil tenha se dado a muito pouco tempo. A Constituição Federal de 1937, proibindo o exercício da greve, foi a primeira Carta a dispor sobre a greve, o Código Penal de 1940, complementando essa proibição, inclui a paralisação em seu rol de crimes e só com o advento da Constituição de 1946 é que o direito de greve vem ser reconhecido, mas somente em 1964, muitos anos depois é que foi publicada a primeira lei de regulamentação da greve, a própria Consolidação das Leis Trabalhistas previa as penalidades para o caso de abandono e suspensão do trabalho e só em 1999 é que esses artigos foram revogados.

A greve nada mais é do que um direito que vem garantir aos trabalhadores outros direitos, ou seja, é através do exercício do direito de greve que os trabalhadores buscam melhores condições de trabalho e melhores condições salariais, a Constituição Federal de 1988, diz que cabe ao trabalhador eleger o momento oportuno para o exercício deste direito. A greve possui natureza jurídica de direito para o trabalhador e de dever para o empregador, já que é este que tem que atender na medida do possível as exigências trabalhistas que ensejaram o movimento grevista.

O sistema jurídico brasileiro como dito mais acima demorou a reconhecer este direito, e embora tenha reconhecido, existe ainda algumas pessoas que defendem a ideia de que a greve não deveria sequer existir, existem ainda outras correntes que condicionam o exercício desse direito somente a algumas categorias de trabalhadores, e há ainda quem defenda o gozo desse direito por todo e qualquer trabalhador, haja vista a previsão constitucional do direito de greve. Mas a grande polêmica concernente ao tema da greve reside na questão da aplicação deste direito aos servidores públicos, tendo em vista que os serviços públicos são prestados diretamente à coletividade, logo no caso de paralisação do serviço público, quem seria diretamente afetada seria a coletividade.

Servidor Público é todo indivíduo, pessoa física que, possuindo

vínculo com a administração pública, venha exercer cargo ou função pública, no que diz respeito a classificação dos servidores públicos, esta se dá de forma muito diversificada na doutrina, tendo em vista que existem várias classificações acerca dos servidores públicos, as principais classificações são as que classificam os servidores em militares e civis, conforme a divisão da própria Constituição, outra classificação muito utilizada é a que divide os servidores em comuns e especiais e por fim há ainda os servidores celetistas que são aqueles que têm sua relação de trabalho regida pela Consolidação das Leis Trabalhistas, os estatutários que têm sua relação de trabalho regida pelo Estatuto Funcional da Pessoa Federativa e os servidores temporários que são os contratados para trabalhar por tempo determinado.

O serviço público possui as suas peculiaridades e se diverge em vários aspectos com o serviço privado, e é justamente devido a estas peculiaridades que o direito de greve reconhecido pela Constituição Federal, necessita de uma regulamentação específica, que estabeleça os termos e os limites em que este direito será exercido.

A greve no serviço público é reconhecida pela Carta Magna, porém o legislador constituinte condicionou o regulamento deste direito ao cunho de lei específica, e é aí que reside o grande debate doutrinário e jurisprudencial, posto que esta lei ainda não foi elaborada e esta mora do Legislativo é motivo de muitas indagações, discussões e até mesmo de muitos abusos por parte dos administradores, que aproveitam essa omissão legislativa para negar o exercício desse direito e assim se esquivar das reivindicações feitas pelos servidores.

Mesmo diante de toda polêmica não há dúvida no que concerne ao direito do exercício de greve pelo servidor público, tendo em vista que este direito é expressamente reconhecido pela Constituição Federal em seu artigo 37, inciso VII, o simples motivo de inexistir lei específica que regule os termos e limites deste exercício não significa dizer que o servidor estará privado de seus direitos e é neste sentido que o Supremo Tribunal Federal tem se posicionado, defendendo a ideia de que enquanto houver a omissão legislativa, ou seja, enquanto a lei específica que regulará o direito de greve dos servidores públicos não for criada, este direito será submetido aos termos e limites da Lei 7.783 de 1989, no que couber.

Outro importante entendimento do Supremo Tribunal Federal que vale aqui ser ressaltado é a questão da competência da Suprema Corte para suprir esta omissão, ou seja, é ela a pessoa competente para elaborar

norma que regulamente o exercício do direito de greve, intervindo desta forma na omissão legislativa através do julgamento dos mandados de injunção.

Logo, é possível concluir que além do direito ser reconhecido pela Constituição Federal, é ele ainda assegurado pelos entendimentos jurisprudenciais na Suprema Corte, que se posicionam de forma favorável ao exercício deste direito pelos servidores públicos desde que sejam observados os seus limites, como é o caso dos serviços essenciais que são designados como limites ao exercício da greve dos servidores públicos, só podendo ser exercido mediante a observação de algumas condições impostas pela legislação competente, como é o caso do atendimento dos serviços mais urgentes, dos serviços que podem de alguma forma causar prejuízo irreparável à coletividade, caso sejam interrompidos.

___

FREE EXERCISE OF THE RIGHT TO STRIKE BY PUBLIC SERVER

ABSTRACT: "The aim of the present study is to analyze the current situation of public servants in the State, as well as analyze the benefits offered to them by the Federal Constitution itself and by other specific legislation, giving greater emphasis to the office of the strike, by establishing the differentiation between the species of servers and analyzing the jurisprudential interpretations, as well as examining the granting of the right to strike of servers of public administration by correlating this right with the legislative omission in respect of specific law on the strike of workers came registered workers and the statutory servers, in addition to addressing controversial points of doctrine and jurisprudence as it is the case of the punishment for the exercise of the right to strike, including the discounts made in reason of days not worked. Thus, the merits of this article is carving differences doctrinal and jurisprudential about the application of the right to strike for public servants already that, if it is a right that is recognized by the Constitution, there is no need to speak of non-application."

KEYWORDS: Strike. Public Servers. Constitution.

Notas

[1] SILVA, De Plácido. *Vocabulário Jurídico*. Forense: Rio de Janeiro, 2004.

[2] BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. 6. ed. LTr: São Paulo, 2010.
[3] BITTENCOURT, Marcus Vinícius Corrêa. *Manual de direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2005.
[4] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
[5] PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito administrativo*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002.
[6] CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*, 6. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2000.
[7] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2000.
[8] CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*, 6. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2000.
[9] BRASIL. Tribunal Pleno, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Mandado de Segurança Nº 596154716*. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior (1148). Rio Grande do Sul, Julgado em 28/04/1997, 2011. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br. Acesso em: 10.04.2014
[10] BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito administrativo*. 6. ed. – São Paulo: Saraiva, 2002.
[11] DINIZ, Maria Helena. *Dicionário Jurídico*. Saraiva: São Paulo, 1998, p. 683.
[12] GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
[13] SILVA, José Afonso da. *Direito Constitucional Positivo.* 32. Ed. Malheiros Editores, 2009.
[14] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005.
[15] CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*, 18. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007.
[16] BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. 6. ed. LTr: São Paulo, 2010.
[17] BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito administrativo*. 6. ed. – São Paulo: Saraiva, 2002.
[18] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso extraordinário n. 226966/RS*. Relator(a) p/ Acórdão: Min. Cármen Lúcia. Primeira turma. DJe 07/02/2011. Disponível em: http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=greve+e+servidor+e+p%FAblico&&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=19. Acesso em: 10.04.2014.
[19] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Reclamação n. 6568/SP*. Relator(a) p/ Acórdão: Min. Eros Grau. Tribunal Pleno. incDJe-181 VOL-02375-02 PP-00736 PUBLIC 25-09-2009. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=greve+e+servidor+e+p%FAblico&pagina=1&base=baseAcordaos. Acesso em: 10.04.2014.
[20] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental n. AI 618986 AgR/SP*. Relator(a): Ministro Ricardo Lewandowski. Primeira Turma. LEXSTF v. 30, n. 359, 2008, p. 117-121. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=greve+e+servidor+e+p%FAblico&pagina=2&base=baseAcordaos. Acesso em 10.04.2014.
[21] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Petição n. 2010/0081850-3/DF*. Relator(a): Ministro Hamilton Carvalhido. Primeira Seção. LEXSTF: v. 31, n. 368, 2009, p. 269-283. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=greve+e+servidor+e+p%FAblico&pagina=2&base=baseAcordaos. Acesso em: 10.04.2014.
[22] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Injunção. STF – MI: 712 PA*, Relator: EROS GRAU, Data de Julgamento: 25/10/2007, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-206 DIVULG 30-10-2008 PUBLIC 31-10-2008 EMENT VOL-02339-03 PP-00384). Dsiponível em: http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2926757/mandado-de-injuncao-mi-712-pa. Acesso em; 22 de abril de 2014.

REFERÊNCIAS

BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. 6. ed. LTr: São Paulo, 2010.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito administrativo*. 6. ed. – São Paulo: Saraiva, 2002.
BITTENCOURT, Marcus Vinícius Corrêa. *Manual de direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2005.
BRASIL. *CONSTITUIÇÃO DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL* de10 de novembro de 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em: 10 de abril de 2014.
BRASIL. *DECRETO-LEI Nº 431 de 18 de maio de 1938***.** Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília. 31 dez. 1938. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/126751/decreto-lei-431-38#art0>. Acesso em: 10 de abril de 2014.
BRASIL. *DECRETO-LEI Nº 1.237, de 2 de maio de 1939.* Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília. 31 dez. 1939. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/126741/decreto-lei-1237-39>. Acesso em: 10 de abril de 2014.
BRASIL. *DECRETO-LEI No 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940.* Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília. 31 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm>. Acesso em: 10 de abril de 2014.
BRASIL. *DECRETO-LEI N.º 5.452, DE 1º DE MAIO DE 1943***.** Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília. 14 set. 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 10 de abril de 2014.
BRASIL. *DECRETO-LEI Nº 9.070, DE 15 DE MARÇO DE 1946*. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília. 16 mar. 1946. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/126565/decreto-lei-9070-46>. Acesso em: 10 de abril de 2014.
BRASIL. *CONSTITUIÇÃO DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL DE 18 DE SETEMBRO DE 1946.* <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em: 10 de abril de 2014.
BRASIL. *Lei nº 4.330, de 1º de junho de 1964*. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília. 3 jun. 1964. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/128652/lei-4330-64>. Acesso em: 10 de abril de 2014.
BRASIL. *CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1967*. Diário Oficial da República Federativa do Brasil,

Brasília. 20 out. 1967. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em: 10 de abril de 2014.
BRASIL. Tribunal Pleno, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Mandado de Segurança Nº 596154716*. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior (1148). Rio Grande do Sul, Julgado em 28/04/1997, 2011. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br. Acesso em: 10.04.2014.
BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso extraordinário* n. 226966/RS. Relator(a) p/ Acórdão: Min. Cármen Lúcia. Primeira turma. DJe 07/02/2011. Disponível em: http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=greve+e+servidor+e+p%FAblico&&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=19. Acesso em: 10.04.2014.
BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Reclamação n. 6568 / SP*. Relator(a) p/ Acórdão: Min. Eros Grau. Tribunal Pleno. incDJe-181 VOL-02375-02 PP-00736 PUBLIC 25-09-2009. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=greve+e+servidor+e+p%FAblico&pagina=1&base=baseAcordaos. Acesso em: 10.04.2014.
BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental* n. AI 618986 AgR / SP. Relator(a): Ministro Ricardo Lewandowski. Primeira Turma. LEXSTF v. 30, n. 359, 2008, p. 117-121. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=greve+e+servidor+e+p%FAblico&pagina=2&base=baseAcordaos. Acesso em 10.04.2014
BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Petição* n. 2010/0081850-3/DF. Relator(a): Ministro Hamilton Carvalhido. Primeira Seção. LEXSTF: v. 31, n. 368, 2009, p. 269-283. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=greve+e+servidor+e+p%FAblico&pagina=2&base=baseAcordaos. Acesso em: 10.04.2014.
BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Injunção*. STF – MI: 712 PA, Relator: EROS GRAU, Data de Julgamento: 25/10/2007, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-206 DIVULG 30-10-2008 PUBLIC 31-10-2008 EMENT VOL-02339-03 PP-00384). Dsiponível em: http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2926757/mandado-de-injuncao-mi-712-pa. Acesso em: 22.04.2014.
BRASIL. *CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988*. Diário Oficial da República Federativa do Brasil,

Brasília. 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 23 de abril de 2014.
BRASIL. *Lei nº 7.783, de 28 de junho de 1989*. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília. 28 jun. 1989. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7783.htm. Acesso em: 23 de abril de 2014.
CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*, 6. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2000.
_____. *Manual de Direito Administrativo*, 18. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007.
DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2000.
_____. *Direito administrativo*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002.
_____. *Direito Administrativo*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005.
DINIZ, Maria Helena. *Dicionário Jurídico*. Saraiva: São Paulo, 1998, p. 683.
GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, 13. edição. São Paulo: Malheiros, 2006.
SILVA, De Plácido. *Vocabulário Jurídico*. Forense: Rio de Janeiro, 2004.
SILVA, José Afonso da. *Direito Constitucional Positivo.* 32. ed. Malheiros Editores, 2009.

A DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA E A INTANGIBILIDADE DO MÉRITO ADMINISTRATIVO E DA INTELECÇÃO DOS CONCEITOS (DE VALOR) JURÍDICOS INDETERMINADOS

Simone Vasconcelos Silva*

RESUMO: Este estudo analisa a discricionariedade administrativa. Relaciona o conceito de discricionariedade administrativa ao mérito administrativo e à intelecção de conceitos (de valor) jurídicos indeterminados. Delimita o espaço das escolhas livres do administrador. Por fim, apresenta o princípio da juridicidade como limitação à discricionariedade.

PALAVRAS-CHAVE: Discricionariedade Administrativa. Mérito Administrativo. Intelecção de Conceitos (de Valor) Jurídicos Indeterminados. Princípio da Juridicidade.

1. INTRODUÇÃO

Sabe-se que o Estado Democrático de Direito impõe que a atuação do administrador público esteja vinculada à lei (em sentido amplo).

No entanto, diante da variedade de vínculos entre Estado e indivíduos, apenas a observância do regramento legal não se mostra suficiente à solução dos conflitos, sendo necessária a outorga do poder discricionário, o qual não se constitui num "*cheque em branco*" nas mãos do administrador, consoante as lições de Celso Antônio Bandeira de Mello.

Em virtude disso, exige-se que o agente público complemente a textura aberta da norma de competência discricionária através de uma conduta consentânea com a principiologia constitucional. Do contrário, essa liberdade de atuação do administrador seria absoluta, o que, inegavelmente, aproximaria a discricionariedade da combatida arbitrariedade na Administração.

* Bacharela em Direito pela UFSE, pós-graduada em Ciências Criminais, servidora pública do Tribunal de Justiça de Sergipe..

De fato, veremos que os núcleos intangíveis da discricionariedade – o mérito administrativo e a intelecção de conceitos (de valor) jurídicos indeterminados –, correspondem a espaços onde quaisquer opções de conduta do administrador são admissíveis perante o Direito.

A análise sob comento inicia-se com o estudo da discricionariedade administrativa, seus fundamentos, conceito e localização na norma jurídica. Tudo isso conduz o leitor à necessária distinção entre a discricionariedade e as suas duas vertentes, quais sejam, o mérito administrativo e os conceitos (de valor) jurídicos indeterminados, com ênfase a que seja respeitada a intangibilidade destes dois últimos.

Ainda em relação aos conceitos jurídicos indeterminados, veremos que há divergência doutrinária acerca de sua natureza jurídica.

Por fim, trataremos da limitação à discricionariedade administrativa imposta com fundamento nos princípios constitucionais e nas regras jurídicas, o que se constitui na observância do denominado *princípio da juridicidade da Administração Pública*.

Vislumbra-se, assim, a importância desse tema do Direito Administrativo, justamente por ser atual e envolver questões cotidianas, nas quais os administrados têm os seus direitos violados ou ameaçados por condutas administrativas arbitrárias, mas que, em princípio, eram discricionárias.

A pesquisa bibliográfica correlata a esse tema serviu de fundamento às discussões levantadas ao longo do presente estudo.

2. DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

2.1 FUNDAMENTOS E CONCEITO

Os contornos da atuação da Administração Pública vinculada à lei foram traçados no Estado Democrático de Direito, terceiro período do Estado de Direito (segunda etapa do Estado Moderno).

Com o surgimento do Estado Democrático de Direito, foi-se abandonando o positivismo formalista (Estado de Direito Formal) para se adotar a concepção do Estado Social de Direito acrescida da participação popular no processo político, nas decisões de Governo e no controle da Administração Pública (Estado de Direito Material).

Havia também a preocupação com a justiça social, não alcançada nos

períodos anteriores, devido ao positivismo exacerbado. Assim é que, nesse período, "[...] pretende-se submeter o Estado ao Direito, não à lei em sentido puramente formal. Daí hoje falar-se em Estado Democrático de Direito, que abrange os dois aspectos: o da *participação popular* (Estado Democrático) e o da *justiça material* (Estado de Direito)".[1]

A Constituição Brasileira de 1988 incorporou essa concepção de Estado logo em seu primeiro dispositivo.[2] Já outra importante norma constitucional, o artigo 37[3], traz a previsão expressa do princípio da legalidade, consectário lógico do Estado Democrático de Direito. Esse panorama constitucional demonstra que a Administração Pública deve se submeter à lei em sentido estrito e em sentido amplo (princípios que consagraram valores expressos ou implícitos na Constituição, como a liberdade, igualdade, segurança, desenvolvimento, bem-estar e justiça), uma vez que a estrita observância da legalidade formal se mostra insatisfatória:

> Dentro da busca de um novo escopo para a legalidade, fundamenta-se a atividade administrativa na vinculação à ordem jurídica como um todo (princípio da juridicidade), o que se reforça com a ascensão do constitucionalismo, englobando os princípios e valores consagrados na Lei Maior.[4]

Vê-se, assim, que os princípios consagrados constitucionalmente correspondem a limitações impostas à discricionariedade administrativa. Em razão disso, no Estado Democrático de Direito, as escolhas administrativas devem ser aquelas que não só respeitem as leis, como também os princípios que norteiam o nosso ordenamento jurídico, em especial aqueles que dizem respeito aos direitos fundamentais.

Isso revela que a Constituição Federal de 1988 traçou novos limites ao exercício da função administrativa, em especial no espaço reservado à discricionariedade, que deve obedecer às seguintes premissas: ninguém pode ter sua liberdade restringida senão em virtude de lei; a atuação da Administração Pública deve ser vinculada à lei em sentido amplo; e esta deve ser igual para todos, sendo vedada qualquer espécie de discriminação.

O poder discricionário constitui-se num poder atribuído aos agentes administrativos para a consecução dos fins a que se destina o Estado. O

regramento desse poder (assim como dos demais poderes) pelo princípio da legalidade impede que o agente incorra em arbitrariedades nas diversas situações em que a lei não é capaz de prever o comportamento adequado do administrador, aquele capaz de alcançar o fim a que se destina determinado ato. Em consequência dessa ausência de vinculação, o administrador pode atuar em

> [...] um campo de liberdade em cujo interior cabe interferência de uma apreciação *subjetiva* sua quanto à maneira de proceder nos casos concretos, assistindo-lhe, então, sobre eles prover na conformidade de uma intelecção, cujo acerto seja irredutível à objetividade e ou segundo critérios de conveniência e oportunidade administrativa.[5]

Nada obstante se falar em poder discricionário, não se trata, de fato, de um poder, mas sim de um dever de se alcançar a finalidade legal. A função administrativa deve ser exercida na estrita conformidade com a lei, o que implica dizer que "a relação existente entre a Administração e a lei, é não apenas uma relação de não contradição, mas é *também uma relação de subsunção*"[6] – o administrador só está autorizado a agir quando a lei assim o permitir e da maneira que determinar. Tanto que se fala em função administrativa como o exercício de um poder conferido ao administrador para que possa alcançar uma finalidade, um dever.

> [...] o que há é um *dever discricionário*, antes que um "poder" discricionário. Uma vez assentido que os chamados poderes são meros veículos instrumentais para propiciar ao obrigado cumprir o seu dever, ter-se-á da discricionariedade, provavelmente, uma visão totalmente distinta daquela que habitualmente se tem.[7] (grifo do autor)

Conclui-se, portanto, que, porque a discricionariedade não resulta da ausência de lei, ela não é sinônima de arbitrariedade (liberdade desregrada, desvinculada do interesse público geral). A discricionariedade administrativa corresponde a uma atuação do agente público nos limites da lei, e se esse agente se conduz fora dos seus limites ou em direta

ofensa a ela, incorre em arbitrariedade. Daí a necessária distinção entre discricionariedade e arbitrariedade:

> Há que se frisar, ademais, na esteira da unânime doutrina brasileira, haver distinção entre discricionariedade e arbitrariedade. Afinal, ao agir arbitrariamente o agente estará a agredir a ordem jurídica já que sua conduta é desconforme à lei, enquanto aquele que age discricionariamente está a usar poder-dever de escolha livre, cumprindo determinação da norma para que utilize o raciocínio e opte sobre o melhor meio de satisfazer o interesse público no caso concreto.[8]

Da mesma forma, no Estado de Direito, é inaceitável a ideia de que a discricionariedade outorgada ao administrador público seja passaporte para qualquer escolha comportada pela norma em abstrato. O que se exige do administrador, na verdade, é uma atuação capaz de cumprir a finalidade pública. Para tanto, dentre todas as soluções possíveis a um caso concreto, de certo, sempre existirá uma (quando a discricionariedade reduz-se a zero) ou algumas poucas a ser(em) considerada(s) a(s) solução(ões) ideal(ais).

> [...] a única razão lógica capaz de justificar a outorga de discrição reside em que não se considerou possível fixar, de antemão, qual seria o comportamento administrativo *pretendido como imprescindível* e reputado capaz de assegurar, *em todos os casos*, a única solução prestante para atender com perfeição ao interesse público que inspirou a norma. Daí a outorga da discricionariedade para que o administrador – que é quem se defronta com os casos concretos – pudesse, ante a fisionomia própria de cada qual, atinar com a providência apta a satisfazer rigorosamente o intuito legal.[9] (grifo do autor)

Então, têm-se como fundamentos básicos da discricionariedade:
a) A lei conferiu discricionariedade à Administração em determinadas

situações porque ela se encontra em uma posição mais favorável para reconhecer qual a providência mais adequada para satisfazer a finalidade da lei; e

b) Inexiste a possibilidade material de o legislador prever todas as situações que possam vir a ocorrer no mundo dos fatos. Daí que a norma tem que ser mais flexível, o que alarga o campo de atuação livre do administrador e, consequentemente, comporta mais situações concretas. Da mesma forma, não é possível ao legislador utilizar, em todas as normas, conceitos determinados, precisos, que não gerem dúvidas quanto à interpretação da norma.

De ambos os fundamentos decorre ainda que a "discricionariedade é indispensável para permitir o poder de iniciativa da Administração, necessário para atender às infinitas, complexas e sempre crescentes necessidades coletivas".[10] Do contrário, a atuação da Administração estaria subordinada ao "moroso procedimento de elaboração das leis"[11], o que redundaria em obstáculo à dinâmica do interesse público, principalmente nos dias atuais.

> Para que a administração possa funcionar, é preciso reduzir as condutas e soluções previamente estabelecidas e cristalizadas na lei, "deixando mais espaço para uma normatização em nível infra-legal (*sic*), que permita um melhor ajustamento às peculiaridades de cada caso e a circunstâncias conjunturais". A lei, em sentido estrito, deve conter as decisões políticas fundamentais, traçando rumos e fixando objetivos, mas sem engessar a atividade administrativa; deve, sim, conferir-lhe maior agilidade e aptidão na escolha de meios para atingir os fins legalmente estabelecidos.[12]

Acaso não existisse a discricionariedade, "o legislador teria que se despedir da abstração própria das leis, invadindo o campo da individualização, que lhe é defeso, por ser área administrativa".[13] Ou seja, conforme os ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello, a discricionariedade se constitui em requisito de viabilidade jurídica do princípio da separação de poderes.

Fala-se, também, na teoria da formação do direito por degraus, elaborada por Kelsen, como justificação para a discricionariedade

administrativa. Trata-se, na realidade, de um fundamento jurídico para a discricionariedade, que, no Brasil, deve ser entendida a partir da seguinte sistemática:

> Considerando-se a ordem jurídica vigente no direito brasileiro, constata-se que, a partir da norma de grau superior – a Constituição – outras vão sendo editadas, como leis e regulamentos, até chegar-se ao ato final de aplicação ao caso concreto. Em cada um desses degraus, acrescenta-se um elemento inovador, sem o qual a norma superior não teria condições de ser aplicada. Em cada momento de produção jurídica tem-se que respeitar os limites opostos pela norma de grau superior. Assim é que a Administração Pública, ao praticar um ato discricionário, acrescentando um elemento inovador em relação à lei em que se fundamenta, somente agirá licitamente se respeitar os limites que nesta se contêm. Vale dizer que é no próprio ordenamento jurídico que se encontra o fundamento da discricionariedade.[14]

A discricionariedade se justifica, ainda, pelo fato de "evitar o automatismo que ocorreria fatalmente se os agentes administrativos não tivessem senão que aplicar rigorosamente as normas preestabelecidas".[15]

Pelo fato de a discricionariedade ser um poder que deriva da lei, quando o ato administrativo não corresponde ao pretendido pelas normas jurídicas, ele é considerado inválido. De mais a mais, somente a análise das circunstâncias fáticas que concorrem para a escolha administrativa é que poderá indicar se a finalidade legal foi alcançada. Essa análise poderá ser procedida tanto pelo Judiciário (quando provocado) quanto pela própria Administração. Em se tratando de controle jurisdicional, caberá ao juiz, "em exame de legitimidade, portanto, sem invadir o mérito do ato, verificar se o plexo de circunstâncias fáticas afunilou ou não afunilou, e até que ponto afunilou o campo de liberdade administrativa".[16]

Quando se constatar que não ocorreu o referido "afunilamento" é porque o campo de liberdade previsto na lei em abstrato remanesceu à análise do caso concreto. Ou seja: restou configurado o espaço de livre escolha administrativa.

Nestas hipóteses, todas "as escolhas administrativas serão legítimas se – e somente se – forem sistematicamente eficazes, motivadas, proporcionais, transparentes, imparciais, respeitadoras da participação social, da moralidade e da plena responsabilidade".[17] Essas escolhas administrativas legítimas encartam o que Juarez Freitas denomina de direito fundamental à boa administração pública. Diante disso, resta apresentar a conceituação da discricionariedade administrativa na concepção deste último autor, que leva em conta a adequação da providência administrativa à principiologia constitucional:

> [...] pode-se conceituar a discricionariedade administrativa legítima como a competência administrativa (não mera faculdade) de avaliar e de escolher, no plano concreto, as melhores soluções, mediante justificativas válidas, coerentes e consistentes de conveniência ou oportunidade (com razões juridicamente aceitáveis), respeitados os requisitos formais e substanciais da efetividade do direito fundamental à boa administração pública.[18]

No mesmo sentido, têm-se os conceitos de discricionariedade elaborados por Maria Sylvia Zanella di Pietro e José dos Santos Carvalho Filho:

> Pode-se, portanto, definir a discricionariedade administrativa como a faculdade que a lei confere à Administração para apreciar o caso concreto, segundo critérios de oportunidade e conveniência, e escolher uma dentre duas ou mais soluções, todas válidas perante o direito.[19]

> Poder discricionário, portanto, é a prerrogativa concedida aos agentes administrativos de elegerem, entre várias condutas possíveis, a que traduz maior conveniência e oportunidade para o interesse público.[20]

Os supracitados conceitos de discricionariedade não fazem qualquer referência aos conceitos jurídicos indeterminados, mas, conforme

veremos adiante, há quem defenda que eles são continentes ao tema da discrição administrativa, porque, em inúmeras situações, mais de uma intelecção dos conceitos vagos é razoavelmente admissível.

> [...] a noção de discricionariedade *não se adscreve apenas ao campo das opções administrativas efetuadas com base em critérios de conveniência e oportunidade – tema concernente ao mérito do ato administrativo.* Certamente o compreende, mas não se cinge a ele, pois também envolve o tema da intelecção dos conceitos vagos. Resulta, pois, que são incorretos – por insuficientes – os conceitos de discricionariedade que a caracterizam unicamente em função do tema do "mérito" do ato administrativo, isto é, da "conveniência ou oportunidade do ato".[21]

Analisando o conceito acima transcrito, observa-se que Celso Antônio Bandeira de Mello compreende que o tema dos conceitos jurídicos indeterminados é afeto à discrição administrativa. Esse doutrinador definiu a discricionariedade administrativa nos seguintes termos:

> Discricionariedade, portanto, é *a margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto*, a fim de cumprir *o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal,* quando, *por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento,* dela não se possa extrair objetivamente, uma solução unívoca para a situação vertente.[22] (grifo nosso)

Primeiramente, o ilustre administrativista se reporta à discricionariedade como *"a margem de liberdade que remanesça ao administrador"*. Isso quer dizer que a discrição ao nível da norma não é a mesma no caso concreto. E complementa o citado autor: "A 'admissão' de discricionariedade no plano da norma é condição necessária, mas

não suficiente para que ocorra *in concreto*. Sua previsão na 'estática' do Direito, não lhe assegura presença na 'dinâmica' do Direito".[23]

De fato, em algumas situações, observa-se a redução da discricionariedade a zero, o que implica dizer que o âmbito de liberdade previsto na norma se esvaeceu diante do caso concreto. Vale ressaltar que, nessas hipóteses, o Direito apenas admite uma única opção de conduta, o que elimina a possibilidade de escolha. Já em outras situações, diante das circunstâncias do caso concreto, do princípio da razoabilidade e de tantos outros princípios jurídicos, existirá uma solução ideal dentre as albergadas pela norma e que melhor satisfaz a sua finalidade (a finalidade legal). Nesta última hipótese, "conquanto esteja o administrador, por força da noção de 'dever discricionário', obrigado a escolher a opção ideal, dessume-se que só haverá uma única solução possível para o caso concreto".[24] Desta feita, em ambos os casos, somente uma solução unívoca é aceita pelo ordenamento jurídico, não remanescendo qualquer discricionariedade e sim, vinculação para o administrador.

Infere-se, ainda, do conceito de discricionariedade proposto por Celso Antônio que a Administração tem o dever de adotar a solução que melhor satisfaça a finalidade legal, o que significa dizer que, ante a configuração do caso concreto, o administrador tem o *dever jurídico funcional* de acertar a providência ideal.

No entanto, o traço mais peculiar deste conceito é o que considera a discricionariedade decorrente *"da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento"*, uma vez que não é toda definição de discricionariedade que faz menção aos conceitos vagos, fluidos e imprecisos.

Germana de Moraes, doutrinadora e juíza federal, utiliza-se dos elementos essenciais da discricionariedade, desenvolvidos por Renato Alessi[25], para conceituá-la. Assim é que

> A discricionariedade é a margem de liberdade de decisão, conferida ao administrador pela norma de textura aberta, com o fim de que ele possa proceder, mediante a ponderação comparativa dos interesses envolvidos no caso específico, à concretização do interesse público ali indicado, para, à luz dos parâmetros traçados pelos princípios constitucionais da Administração Pública e pelos

> princípios gerais de Direito e dos critérios não positivados de conveniência e de oportunidade: 1º) complementar, mediante valoração e aditamento, os pressupostos de fato necessários à edição do ato administrativo; 2º) decidir se e quando ele deve ser praticado; 3º) escolher o conteúdo do ato administrativo dentre mais de uma opção igualmente pré-fixada pelo Direito; 4º) colmatar o conteúdo do ato, mediante a configuração de uma conduta não pré-fixada, porém aceita pelo Direito.[26]

Este é um conceito de discricionariedade que, assim como o de Celso Antônio Bandeira de Mello, delineia os limites que o poder discricionário deve observar para não incorrer em ilegalidade. Para tanto, ressalta que a simples observância do princípio da legalidade e do "direito por regras" não é suficiente para o exercício da discricionariedade administrativa, uma vez que se fala, na contemporaneidade, em princípio da juridicidade e no "direito por princípios".

Vê-se, portanto, que interessa, nesse momento, a percepção de um conceito de discricionariedade administrativa que inclua as situações de escolha da solução ótima a um dado caso concreto, com base em critérios de conveniência e oportunidade, assim como os casos de intelecção de conceitos jurídicos indeterminados que comportem mais de uma opção administrativa (esse será o ponto de vista defendido no âmbito deste estudo). Tanto em uma hipótese quanto na outra, o administrador deve utilizar-se do campo de liberdade de atuação, respeitando sempre a principiologia constitucional.

2.2 LOCALIZAÇÃO

Há vários critérios utilizados para se identificar a localização da discricionariedade administrativa, a citar, o critério da discricionariedade na norma jurídica, que será abordado neste estudo.

Segundo esse critério, a discricionariedade pode resultar tanto da hipótese da norma jurídica quanto de seu mandamento. Associado a essas duas possibilidades, Celso Antônio Bandeira de Mello posiciona-se no sentido de que a finalidade da norma a ser implementada também pode comportar certa discrição.

A discricionariedade pode resultar da *hipótese da norma* quando a norma confere ao administrador a faculdade de escolher o pressuposto de fato para o seu agir (a lei se omite em descrevê-lo) ou quando os pressupostos de fato enunciados na regra de Direito são descritos através de conceitos indeterminados, cabendo ao administrador valorá-los quando da aplicação da norma.

No primeiro caso, tem-se que a escolha dos pressupostos de fato (os motivos do ato) será sempre limitada porque o ato deve cumprir a finalidade (própria de cada ato) e o fim (interesse público geral) em virtude dos quais foi criado.

No segundo caso, a lei enuncia os pressupostos de fato do ato utilizando-se de conceitos jurídicos indeterminados. Nesse caso, o administrador deverá "valorar os fatos ocorridos no mundo fenomênico, para, após contrastá-los com o tipo legal, verificar se é possível a subsunção".[27] Ou seja, faz-se necessária uma árdua interpretação da lei para, então, concluir-se ou não pela possibilidade de subsunção de um determinado pressuposto de fato à norma (é nesse momento que residirá uma possível discrição).

Observar-se-á a discricionariedade no *mandamento da norma* quando o comportamento do administrador puder ser omissivo ou comissivo ou quando o administrador não tiver que seguir um dado comportamento (há alternativas de comportamento para o agente). Não há dúvidas de que, nesses casos, o administrador disporá de uma maior liberdade decisória.

Celso Antônio também ressalta a possibilidade de a lei outorgar discricionariedade ao administrador, no mandamento da norma, quanto à forma do ato e quanto ao momento de sua prática. Em igual sentido, aponta Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

> [...] a não ser que a lei imponha à Administração a obrigatoriedade de obediência a determinada forma (como decreto, resolução, portaria), o ato pode ser praticado pela forma que lhe parecer mais adequada. Normalmente, as formas e procedimentos mais rigorosos são exigidos quando estejam em jogo direitos dos administrados, como ocorre nos concursos públicos, na licitação, no processo disciplinar.[28]

> Se a lei nada estabelece a respeito [do momento da prática do ato], a Administração escolhe o momento que lhe pareça mais adequado para atingir a consecução de determinado fim. Dificilmente o legislador tem condições de fixar um momento preciso para a prática do ato. O que ele normalmente faz é estabelecer um prazo para que a Administração adote determinadas decisões, com ou sem sanções para o caso de seu descumprimento.[29]

A *finalidade da norma* também comporta certa discrição quando vier expressa por meio de conceitos práticos, em que pese não ser essa a posição da doutrina dominante. Celso Antônio Bandeira de Mello e Weida Zancaner defendem a possibilidade de localização da discricionariedade na finalidade da norma, e, a título de exemplificação, trouxeram à baila o conceito "moralidade pública":

> [...] a falta de precisão do conceito de pouco decoro no traje não está residente no pressuposto de fato, em si mesmo considerado. Está residente na finalidade da norma que fala em moralidade pública, pois, *dependendo da noção que se tenha de moralidade pública, determinado traje será pouco decoroso ou será decoroso.* Logo, o pressuposto de fato ganha fluidez não porque a tenha em si mesmo, mas em decorrência da finalidade da norma estar manejando conceitos de valor que, eles sim, são altanto vagos, altanto imprecisos.[30] (grifo do autor)

> [...] algumas cenas presentes em um filme poderiam, com absoluta certeza, ser classificadas de "indecorosas" e outras não, mas poderá, algumas vezes, restar uma série de cenas sobre as quais a dúvida permaneça, e permanecerá por não ser a *moralidade pública* um conceito passível de objetivação total.[31] (grifo do autor)

Por fim, insta destacar que a discricionariedade se expressa, se exterioriza (o que é diferente de "se localiza") em um único elemento

do ato administrativo, qual seja, o conteúdo.[32] Afinal, esse requisito se configura no próprio ato em si. Entretanto, nas hipóteses em que a Administração pode se abster de praticar o ato, não será possível que a discrição se expresse nele.

3. MÉRITO ADMINISTRATIVO

Conforme já visto, a discricionariedade resulta da abertura da norma, em função da qual a lei confere ao administrador uma margem de liberdade para encontrar a solução ideal no caso concreto. Ou seja, a discricionariedade existe para que o administrador complemente a previsão aberta da norma e configure os efeitos parcialmente previstos através da ponderação valorativa de interesses, com o objetivo de realizar o interesse público geral.

Essa liberdade de decisão é exercida tanto com subsídio em critérios positivados (ex.: princípio da proporcionalidade) quanto em critérios não positivados (critérios contidos nas regras de boa administração). O mérito administrativo compreende essa segunda categoria de critérios, que irão incidir sobre "o motivo e o conteúdo do ato administrativo e, consequentemente, em suas condições de validade e eficácia".[33] Com esteio no poder discricionário, a Administração dispõe de liberdade para valorar os motivos e escolher o conteúdo do ato que deseja expedir, decidindo sobre sua conveniência e oportunidade.

> O mérito está no sentido político do ato administrativo. É o sentido dele em função das normas da boa administração, ou, noutras palavras, é o seu sentido como procedimento que atende ao interesse público, e, ao mesmo tempo, o ajusta aos interesses privados, que toda medida administrativa tem de levar em conta. Por isso, exprime um juízo comparativo.[34]

O exercício do poder discricionário, no entanto, não se confunde com o mérito administrativo, em que pese este último ser núcleo daquele. Sabe-se que toda e qualquer atuação discricionária pressupõe uma norma que confira liberdade de ação, mas, especialmente no espaço que remanesce ao mérito, essa atuação não está vinculada a critérios jurídicos. Trata-se, na

realidade, de critérios não-positivados, que se desdobram na conveniência e oportunidade da decisão administrativa.

> Por conveniência do ato, entende-se "sua adequação ao interesse público específico que justifica a sua prática ou à necessária harmonia entre esse interesse e os demais interesses públicos eventualmente afectados pelo ato".[35]

> O juízo de oportunidade, por seu turno, consiste, na "ponderação de interesses múltiplos carecidos de acomodação parcial", em vista do fim que se propõe na norma atributiva de discricionariedade.[36]

Para Seabra Fagundes, a conveniência e a oportunidade também se traduzem no poder de escolha derivado do poder discricionário. Na apreciação discricionária do motivo, o administrador observa a utilidade (conveniência) da ação administrativa e em que momento (oportunidade) deve praticá-la. Já a configuração do conteúdo, segundo ele, corresponde à escolha da própria medida administrativa, tendo-se em vista os motivos que a justificam.[37]

Vale observar, nas lições de Germana de Moraes, que o mérito do ato administrativo difere do exercício da discricionariedade, justamente por ser o núcleo intangível desta última:

> O mérito pressupõe o exercício da discricionariedade, sem, no entanto, com ela confundir-se, embora constitua seu núcleo, por ser a lídima expressão da autonomia administrativa, insuscetível, quer de pré-fixação pelos elaboradores da norma jurídica, quer de fiscalização pelo Poder Judiciário.[38]

O exposto acima ratifica o entendimento de que o mérito se relaciona somente a regras de boa administração, não existindo qualquer vínculo a critérios positivados. Tanto isso é verdade que o mérito deve ser compreendido como o espaço que resta após se ter submetido a conduta administrativa a todos os juízos de legalidade possíveis.

Nesse momento, para uma melhor compreensão do mérito, adentrar-se-á, ainda que perfunctoriamente, no controle dos atos administrativos

discricionários. Isso porque a aferição da juridicidade (legalidade em sentido amplo) de um ato decorrente de discrição administrativa implica controle de legalidade e de juridicidade *stricto sensu*. Entretanto, esse controle de juridicidade não abrange, sob nenhuma hipótese, o controle de mérito.

> O controle jurisdicional da juridicidade dos atos administrativos abrange, assim, o exame da conformidade dos elementos vinculados dos atos administrativos com a lei (controle de legalidade) e da compatibilidade dos elementos discricionários com os princípios (controle da juridicidade *stricto sensu*). Remanescem, não obstante, certos aspectos dos atos resultantes da atividade administrativa não vinculada refratários ao controle jurisdicional, porquanto o Direito positivo não fornece parâmetros de atuação administrativa, nem por intermédio das regras, nem por intermédio dos princípios, daí a insuscetibilidade de revisão judicial do mérito do ato administrativo.[39]

Somente as regras não positivadas de boa administração são capazes de oferecer um norte às opções de mérito, que ocorrem quando o administrador valora os motivos do ato e define o seu conteúdo/objeto. "O mérito consiste, pois, nos processos de valoração e de complementação dos motivos e de definição do conteúdo do ato administrativo não parametrizados por regras nem por princípios, mas por critérios não positivados".[40]

Nessa mesma linha, Celso Antônio Bandeira de Mello delimita o espaço reservado ao mérito, ressaltando ainda que se trata de um espaço remanescente da discricionariedade, em que o administrador está autorizado a agir da forma que melhor satisfizer o interesse da Administração, já que todas as opções são igualmente válidas perante o Direito.

> Mérito é o campo de liberdade suposto na lei e que, efetivamente, venha a remanescer no caso concreto, para que o administrador, segundo critérios de conveniência e oportunidade, se decida entre duas

> ou mais soluções admissíveis perante ele, tendo em vista o exato atendimento da finalidade legal, dada a impossibilidade de ser objetivamente reconhecida qual delas seria a única adequada.[41]

Conclui-se, inevitavelmente, que o mérito é o endereço da oportunidade e da conveniência do ato discricionário; relaciona-se ao sentido político deste ato. No entanto, a decisão meritória só subsistirá validamente se, mesmo levando-se em consideração o caso concreto e respeitando-se a lei e os princípios constitucionais, restar mais de uma opção de atuação administrativa.

Isso demonstra que o campo da discricionariedade administrativa é bastante limitado pelo próprio ordenamento jurídico, com vistas a se evitar abuso de poder. Destarte, não existe para o administrador liberdade total de escolha nos atos administrativos discricionários nessa atual fase do Direito Administrativo, com respaldo constitucional. Existe, sim, livre escolha administrativa vinculada aos princípios constitucionais, quando a situação *in concreto* comportar mais de uma solução.

Consequência lógica desse "direito por princípios" é que a moralidade, a proporcionalidade, a razoabilidade e a justiça do ato, não mais são critérios que integram o mérito. Hoje, são critérios jurídicos e, como tais, são servíveis ao controle de juridicidade em sentido estrito de aspectos discricionários dos atos administrativos, que não comportem o mérito administrativo.

Daí se falar que, neste contexto, a esfera do mérito foi reduzida, porém subsiste imune à revisão judicial. Entretanto, o demérito ou a antijuridicidade, segundo Juarez Freitas, será controlável, porque não se admitem "escolhas administrativas não-fundamentáveis no sistema".[42] O simples rótulo de *mérito administrativo* não imuniza o ato discricionário da revisão e da anulação pelo Poder Judiciário, uma vez que é possível que alguma ilegalidade decorrente do abuso de poder se camufle nesse espaço legitimamente considerado intangível.

Fácil perceber, portanto, que o mérito é o núcleo da discricionariedade, intangível ao controle jurisdicional, quer à luz das regras jurídicas, quer à luz dos princípios de Direito. Primeiro porque corresponde ao campo de liberdade de atuação administrativa que venha a remanescer no caso concreto; segundo porque não existem padrões de legalidade para aferir essa atuação. Por isso se diz que o mérito corresponde a uma valoração

subjetiva do administrador na escolha entre dois ou mais atos legítimos para o Direito, assim como razoáveis e oportunos para a Administração.

4. CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS

Os conceitos jurídicos indeterminados são, na realidade, conceitos que apresentam uma indeterminação quanto ao seu conteúdo e extensão. Isso é o que acontece com conceitos como "boa-fé", "bem comum", "moralidade", "notória especialização", dentre tantos outros, que podem ser definidos como "aqueles [conceitos] cujos limites de sua extensão não podem ser traçados precisamente, a fim de permitir a identificação de quais os objetos ou as realidades que abarcam ou deixam de abarcar, perante uma situação concreta".[43]

Esses conceitos se apresentam em todos os ramos do Direito, mas, especialmente no Direito Administrativo, a discussão sobre a sua natureza jurídica é de fundamental importância para a compreensão de fenômenos jurídicos que se conectam com a discricionariedade administrativa.

A partir dos conceitos jurídicos indeterminados, podem ser visualizadas duas situações distintas. A primeira diz respeito à indeterminação desses conceitos no Direito, que se relaciona ao fenômeno da aplicação da norma jurídica ao caso concreto, e a segunda se relaciona à indeterminação linguística, que é verificada em abstrato.

A indeterminação linguística pode ensejar a indeterminação no Direito quando da aplicação do conceito ao caso concreto, uma vez que não é somente a textura aberta da norma que condiciona a indeterminação da aplicação de um conceito. É preciso ir mais além, pois haverá casos em que "a aplicação de um dado conceito jurídico perante o caso concreto poderá ser determinada, mesmo quando se constata a indeterminação linguística [...], verificada em abstrato".[44] E conclui Marcus Vinícius Filgueiras Júnior que a indeterminação somente subsistirá "nos chamados casos fronteiriços (*borderline cases*), que pressupõem a existência de casos concretos e não meras conjecturas abstratas".[45]

Esse mesmo autor trouxe à baila a seguinte situação: *todo pobre terá assistência médica gratuita*. Sem dúvida que essa é uma norma jurídica que traz em seu bojo um conceito jurídico indeterminado, qual seja, o substantivo "pobre". Dito dessa forma, contudo, haverá casos concretos que, inevitavelmente, desnudarão qualquer possibilidade de assistência

médica gratuita. Por outro lado, haverá outros que não darão margem a qualquer dúvida da necessidade dessa assistência.

Já na zona fronteiriça, são encontrados aqueles casos que, diferentemente desses dois últimos, ensejarão dúvidas sobre a necessidade ou não de assistência médica gratuita. Desse modo, caberá ao aplicador da norma densificá-la à realidade que lhe foi posta. Daí que a indeterminação jurídica deve ser entendida sob o prisma da "impossibilidade de identificar, por meio do procedimento interpretativo técnico-jurídico, a correta e única solução para a aplicação de uma norma ou parte dela a um determinado caso concreto".[46]

Vale observar, ainda, que a referida indeterminação não está no termo empregado na norma. O que se tem são conceitos jurídicos indeterminados, ou seja, a indeterminação é do conceito e não da palavra que o representa, até porque se a indeterminação residisse no termo, trocar-se-ia a palavra e não mais existiriam dúvidas sobre a aplicação do conceito, que representa o significado que medeia entre a palavra e o objeto real. Nesse sentido preceitua Celso Antônio Bandeira de Mello que:

> Se a palavra fosse imprecisa – e não o conceito – bastaria substituí-la por outra ou cunhar uma nova para que desaparecesse a fluidez do que se *quis comunicar*. Não há palavra alguma (existente ou inventável) que possa conferir precisão às *mesmas noções* que estão abrigadas sob as vozes "urgente", "interesse público", "pobreza", "velhice", "relevante", "gravidade", "calvície" e quaisquer outras do gênero. A precisão acaso aportável implicaria alteração do próprio conceito originalmente veiculado. O que poderia ser feito, evidentemente, seria a substituição de um conceito impreciso por um *outro conceito* – já agora preciso, portanto um *novo* conceito – o qual, como é claro, se expressaria através da palavra ou das palavras que lhes servem de signo.[47] (grifo do autor)

O estudo da estrutura dos conceitos jurídicos indeterminados é de fundamental importância para a compreensão de sua inclusão no âmbito da discricionariedade administrativa. A doutrina alemã trata da estrutura desses conceitos da seguinte forma: zona de certeza positiva e zona de

incerteza. Acrescenta ainda uma zona que se localiza externamente ao conceito, que não faz parte de sua estrutura, denominada zona de certeza negativa.

O que a doutrina alemã expõe é que na estrutura do conceito jurídico indeterminado encontra-se um núcleo conceitual, "aquele núcleo dentro do qual não há dúvidas quanto à subsunção do objeto mentado à abrangência do conceito"[48] e uma zona de incerteza, onde residem as dúvidas. A zona de certeza negativa, estranha à estrutura do conceito, corresponde àquela "zona dentro da qual não se tem dúvida de que o objeto cogitado não se subsume ao conceito e, portanto, tem-se certeza de que não se encontra dentro tanto do núcleo conceitual quanto do halo conceitual".[49]

Em síntese, a depender do objeto cogitado, poderá haver certeza ou dúvida de sua subsunção ao conceito, assim como poderá ser que não pairem quaisquer dúvidas de que o objeto não se subsume a determinado conceito jurídico.

É justamente essa estrutura dos conceitos jurídicos indeterminados que fornece uma delimitação mais precisa do tema e auxilia a sua compreensão dentro do que se entende por discricionariedade administrativa. Isso porque,

> Para ser considerado um conceito jurídico indeterminado, o conceito deve apresentar *dentro da zona de certeza (núcleo conceitual) e/ou da zona de incerteza (halo conceitual) mais de uma intelecção admissível, do ponto de vista da razoabilidade, acerca do objeto que poderá ser subsumido ao conceito em questão.*[50] (grifo do autor)

Inevitavelmente, percebe-se que esse quadro estrutural dos conceitos jurídicos indeterminados esclarece que a aplicação concreta desses conceitos corresponde a uma atuação discricionária da Administração Pública *em muitas situações*. Tanto isso é verdade que, dentre as intelecções possíveis, qualquer delas é legítima perante o Direito, independentemente de opiniões contrárias. Afinal, a existência de duas ou mais intelecções igualmente razoáveis faz com que o conceito jurídico seja considerado indeterminado.

Em similar via de entendimento, a autora Regina Helena Costa,

citada por Maria Sylvia Zanella di Pietro[51], chama atenção para o fato de que a interpretação pode levar à determinação de um conceito jurídico indeterminado. Porém, não é em todos os casos que a indeterminação é afastada, pois, em muitos deles, poderá a Administração optar por qualquer significação possível e razoável oferecida pelo processo interpretativo. Ou seja, o conceito será definido por meio de uma apreciação subjetiva do administrador, quando, então, se constatará a sobredita discricionariedade.

Essas conclusões foram construídas a partir da distinção entre conceitos de experiência e conceitos de valor. Nos primeiros, o processo interpretativo torna o conceito preciso, e por isso esses conceitos não são considerados discricionários. Já nos outros, o trabalho do agente público pode não se encerrar com a interpretação, uma vez que será possível ao administrador escolher dentre as intelecções possíveis, aquela que lhe for mais consentânea com a realidade concreta.

> A consequência dessa distinção é que, em se tratando de conceitos de experiência, determináveis mediante interpretação, "o controle judicial é amplo, exatamente porque cabe ao Judiciário, como função típica, interpretar o alcance das normas jurídicas para sua justa aplicação. Diversa será a situação se se tratar de conceitos de valor, cuja significação é preenchida por meio da interpretação subjetiva do órgão administrativo. Neste caso, o controle judicial é apenas um controle de contornos, de limites, pois, se assim não fosse, estar-se-ia substituindo a discricionariedade administrativa pela judicial, o que é vedado pelo nosso ordenamento jurídico".[52]

Quando se tratar de conceitos de valor, o norte da questão se cinge, exclusivamente, à razoabilidade das intelecções. Consequentemente, "qualquer pessoa poderá deter opinião diversa acerca da melhor opção a ser adotada, é certo, mas não terá condições de provar, objetivamente, que há incorreção na conclusão daquele que adota uma outra intelecção igualmente razoável".[53] Isso porque, nessas ocasiões, o administrador público dispõe de discricionariedade para escolher aquela opção razoável que se mostrar mais consentânea com as peculiaridades do caso concreto.

E mais: também é possível que, dentre todas as opções cabíveis, uma delas se mostre a mais razoável e, nessas situações, o que se observa é a *redução da discricionariedade a zero*.

Enfim, todo o exposto acima se relaciona com a Teoria da Multivalência, em oposição ao que dispõe a Teoria da Univocidade ou Adequabilidade Normativa.[54] Esta última teoria considera que na interpretação e na aplicação dos conceitos legais indeterminados não há espaço para a discricionariedade administrativa, pois só admite uma única solução como correta – todas as peculiaridades do caso concreto indicarão qual *decisão adequada* deve ser adotada pela Administração. Essa é a orientação adotada pela doutrina alemã e por García de Enterría, os quais entendem que, "nada obstante certo grau de indeterminação desses conceitos, numa dada situação concreta ou no cotejo entre a abstração do conceito e a realidade, sua qualificação não será senão uma".[55] O mesmo entendimento é compartilhado por Flávio Henrique Unes Pereira ao definir a Teoria da Adequabilidade Normativa:

> A Teoria da Adequabilidade Normativa demonstra que a norma adequada ao caso será determinada após o exame das normas *prima facie* aplicáveis, como também após a análise de *todas as peculiaridades da caso.* Portanto, a seleção dos "elementos relevantes" *não* é conduta *disponível* por parte do administrador público, tendo em vista que a decisão adequada impõe a *descrição completa da situação*.[56] (grifo do autor)

Oportuno destacar que a citada teoria desconsidera a possibilidade de existência de zonas de incerteza e/ou de certeza positiva na interpretação dos conceitos jurídicos indeterminados.

Neste estudo, compartilha-se o entendimento de que o processo de interpretação, que antecede a atuação discricionária do agente público, faz emergir o conteúdo dos enunciados normativos, que se expressará através das possíveis soluções razoáveis. É nesse momento que termina a interpretação para se iniciar a discricionariedade, quando haverá a escolha de uma opção que melhor atenda a uma situação concreta. Da mesma forma pontualiza Marcus Vinícius Filgueiras Júnior:

> [...] é de se discordar daqueles que entendem que o fenômeno da discricionariedade nada tem a ver com os conceitos jurídicos indeterminados. O fato de serem atividades logicamente distintas (uma espécie de indeterminação implica a escolha da melhor opção por meio da conveniência e oportunidade, e a outra na escolha por meio da melhor intelecção) não faz necessariamente com que o Direito confira tratamentos distintos.[57]

Assim, independentemente de a opção do agente público ser volitiva (política) ou intelectiva, trata-se, em ambos os casos, de discricionariedade administrativa, porque "os efeitos de direito são idênticos".[58]

Em sentido contrário é a posição de José dos Santos Carvalho Filho, o qual não vislumbra a inclusão dos conceitos jurídicos indeterminados na esfera da discricionariedade, porque esta "não pressupõe imprecisão de sentido, como ocorre nos conceitos jurídicos indeterminados, mas, ao contrário, espelha a situação jurídica diante da qual o administrador pode optar por uma dentre várias condutas lícitas e possíveis".[59] Ou seja, o renomado autor citado somente inclui na esfera da discricionariedade as decisões de mérito administrativo.

Certo é que a aplicação de normas jurídicas enunciadas através de conceitos determinados enseja vinculação na atividade do administrador, uma vez que inexistirá espaço para valorações e para uma pluralidade de escolhas admissíveis perante o Direito. Todavia, a aplicação de normas que contêm conceitos jurídicos indeterminados pode conduzir tanto à vinculação quanto à discricionariedade, segundo as lições de Germana de Moraes:

> Por outro lado, não se pode negar – assim se acredita – que a aplicação de normas jurídicas que contêm conceitos indeterminados tanto pode conduzir à certeza quanto à incidência da norma ao caso concreto (única solução possível), como pode ensejar dúvidas no momento da concretização, quando não há certeza se o fato se ajusta à hipótese normativa abstrata, pois há certas situações que conduzem à admissibilidade de mais de uma solução razoavelmente sustentável perante o Direito.[60]

Assim, conclui-se, inevitavelmente, que os conceitos jurídicos indeterminados não se constituem em um todo único, homogêneo. Eles se distinguem e, por conta disso, pode ser que de sua aplicação decorra ou não a discricionariedade. Em caso de conflito a respeito da correta aplicação desses conceitos, caberá ao Judiciário decidir se a Administração Pública não procedeu à correta interpretação dos conceitos empíricos/de experiência ou se incorreu em abuso de poder quando da aplicação dos conceitos de valor. Todavia, vale o alerta de que, somente quanto a estes últimos (conceitos de valor), é possível se falar em discrição administrativa.

5. LIMITAÇÕES À DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

Os limites que se impõem à discricionariedade administrativa derivam da lei em sentido amplo. Dessa forma, o princípio da legalidade (em sentido amplo) é o limite único à atuação livre do administrador público. Em decorrência disso, esse tema das limitações se relaciona intimamente ao tema do controle jurisdicional dos atos da Administração Pública, uma vez que é a lei que traça os limites dentro dos quais a Administração está autorizada a agir, com fundamento em critérios de apreciação subjetiva, intangíveis pelo Poder Judiciário.

> Isto ocorre precisamente pelo fato de ser a discricionariedade o poder delimitado previamente pelo legislador. Este, ao definir determinados atos, intencionalmente deixa um espaço para livre decisão da Administração Pública, legitimando previamente a sua opção; qualquer delas será legal. Daí por que não pode o Judiciário invadir esse espaço reservado, pela lei, ao administrador, pois, caso contrário, estaria substituindo por seus próprios critérios de escolha a opção legítima feita pela autoridade competente com base em razões de oportunidade e conveniência que ela, melhor do que ninguém, pode apreciar diante de cada caso concreto.[61]

Contudo, quando se tratar de atividade vinculada, o controle

jurisdicional deverá ser amplo, a fim de verificar a total conformidade do ato às prescrições legais. Verificada a ausência dessa conformidade, cabe ao Poder Judiciário decretar a nulidade do ato. Assim, conforme se vê, não há qualquer dificuldade no controle jurisdicional dos atos administrativos vinculados.

Já nos atos discricionários, o controle jurisdicional é exercido externamente à esfera reservada à apreciação subjetiva do administrador. Nesses casos, haverá limitações legais ínsitas a todos os atos, que correspondem à verificação da competência para o exercício de determinada atividade; do fim de interesse público geral, que deve almejar o titular da função administrativa; e da forma prescrita em lei para a execução do ato administrativo.

Quanto aos demais aspectos (discricionários) do ato, o Poder Judiciário deve examinar a sua conformidade com os princípios gerais do nosso ordenamento jurídico, dentre os quais se destacam os princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e da igualdade. Assim, o Judiciário pode exercer controle sobre a apreciação dos fatos que motivaram a prática do ato de maneira que, se eles não existirem, forem diversos dos alegados pela Administração ou não se mostrarem adequados à principiologia de nosso sistema jurídico, o ato deverá ser julgado ilegal.

Há doutrinadores que também consideram os conceitos jurídicos indeterminados como limites à discricionariedade administrativa. Entretanto, essa não é a posição daqueles que os caracteriza, em algumas situações, como uma das vertentes da atuação discricionária do administrador. Conforme já visto, é possível que, após o processo interpretativo do conceito indeterminado, remanesça um espaço de escolhas igualmente legítimas. Dessa forma também preceitua Maria Sylvia Zanella di Pietro:

> Na realidade, não se trata propriamente de limite à discricionariedade; trata-se, isto sim, de verificar quando o emprego de conceitos indeterminados implica discricionariedade administrativa. Se, pela via da interpretação ou mesmo da integração de normas jurídicas (em especial, pelo recurso aos princípios gerais de direito) for possível chegar a uma única solução válida perante o direito, não haverá discricionariedade; se, após terminado o trabalho de interpretação, remanescerem duas

> ou mais hipóteses viáveis, a escolha far-se-á discricionariamente pela Administração e não poderá ser revista pelo Poder Judiciário.[62]

Não há dúvidas de que a atuação não-vinculada da Administração Pública sofre limitações pela principiologia constitucional. Revela-se, assim, hodiernamente, a insuficiência da subsunção do ato administrativo à lei em sentido estrito. É necessária, também, a subsunção do ato à lei em sentido amplo, pois não se admite que as decisões administrativas, na atual fase do constitucionalismo, discrepem dos princípios norteadores do ordenamento jurídico. Nesse contexto, o princípio da legalidade adquire nova feição, qual seja, "um conteúdo axiológico, que exige conformidade da Administração Pública com o *Direito*, o que inclui, não apenas a lei, em sentido formal, mas todos os princípios que são inerentes ao ordenamento jurídico do Estado de Direito Social e Democrático".[63]

A essa limitação à discricionariedade administrativa, com fundamento nos princípios constitucionais e nas regras jurídicas, dá-se o nome de *princípio da juridicidade da Administração Pública*.

5.1. PRINCÍPIO DA JURIDICIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

No período posterior à Segunda Guerra Mundial, a dignidade da pessoa humana foi elevada à categoria de núcleo axiológico das constituições criadas a partir desse momento histórico e os princípios passaram a ser espécies de normas jurídicas. A fase atual, conhecida como pós-positivismo jurídico, é marcada, justamente, pela normatividade dos princípios e pela superação do positivismo estrito.

Esse caminho para a realização do Estado Democrático de Direito, sob a perspectiva do neoconstitucionalismo, tem as seguintes características principais traçadas por Luis Prieto Sanchís:

> [...] mais *princípios* que regras; mais *ponderação* que subsunção; *onipresença da Constituição* em todas as áreas jurídicas e em todos os conflitos minimamente relevantes, em lugar de espaços isentos em favor da opção legislativa ou regulamentária; *onipotência judicial* em lugar de autonomia do

> legislador ordinário; e, por último, coexistência de uma *constelação plural de valores*, às vezes tendencialmente contraditórios, em lugar de uma homogeneidade ideológica em torno de um punhado de princípios.[64] (grifo do autor)

Com o pós-positivismo jurídico, diferentemente do *jusnaturalismo* e do *positivismo*[65], os princípios foram consagrados nos textos constitucionais, passando, também, a serem tratados como espécies do gênero norma jurídica.[66] Diante disso, operou-se a superação da "crença de que [os princípios] teriam uma dimensão puramente axiológica, ética, sem eficácia jurídica ou aplicabilidade direta e imediata".[67]

Portanto, agora, tanto os princípios quanto as regras constitucionais possuem eficácia normativa.[68] Isso se justifica na medida em que a aplicação das normas constitucionais, na solução dos conflitos, pressupõe a existência tanto de regras quanto de princípios. Somente as regras jurídicas não seriam suficientes para exaurir todas as situações fáticas que necessitam de disciplinamento e, de outra parte, "um sistema baseado apenas em princípios poderia conduzir a um sistema falho em segurança jurídica".[69]

Conclui-se, inevitavelmente, que o reconhecimento da força normativa dos princípios mostra-se imprescindível, uma vez que, do contrário, permitir-se-ia ao intérprete, utilizando-se das lacunas normativas, buscar a fundamentação de suas decisões/escolhas além das normas que o vinculam. Dessa forma, o intérprete (seja o juiz, seja o administrador público) deve se valer do rol de princípios aplicáveis à solução do caso sob sua apreciação, até identificar o princípio maior que rege o tema. Feito isso, deve ser formulada a regra concreta a solucionar o caso. A importância dos princípios revela-se, assim, pelo fato de sintetizarem os valores abrigados no ordenamento jurídico, darem unidade ao sistema e condicionarem a atividade do intérprete.

Com esteio nessa perspectiva de que os princípios possuem força normativa, no Direito Administrativo o princípio da juridicidade da administração substituiu o princípio da legalidade, não o eliminando, mas o englobando. Isso revela a compreensão do princípio da juridicidade enquanto princípio da legalidade em sentido amplo: substitui-se o "direito por regras" do Estado Liberal pelo "direito por princípios" do Estado

Democrático de Direito, no qual se visualiza o respeito aos direitos fundamentais como centro de gravidade da ordem jurídica.

> Ao ordenar ou regular a atuação administrativa, a legalidade não mais guarda total identidade com o Direito, pois este passa a abranger, além das leis – das regras jurídicas, os princípios gerais de Direito, de modo que a atuação do Poder Executivo deve conformidade não mais apenas à lei, mas ao Direito, decomposto em regras e princípios jurídicos, com a superação do princípio da legalidade pelo princípio da juridicidade.[70]

Vê-se que o princípio da juridicidade se sobreleva como limite único à discricionariedade administrativa e, consequentemente, o controle jurisdicional sobre os ditos atos discricionários sofre novos contornos, uma vez que o campo da justicialidade se alargou em detrimento do espaço da atuação livre da Administração. Afinal, conforme já ressaltado, a discricionariedade corresponde a um espaço de escolha remanescente, em que o administrador, após analisar as peculiaridades do caso concreto e ponderar os interesses envolvidos ou valorar e preencher os conceitos jurídicos indeterminados (o que necessita da observância aos princípios constitucionais), decidirá por qualquer opção legítima perante o Direito.

Entenda-se, desde já, que, em muitas dessas situações, a aplicação dos princípios se dará após a utilização da *técnica da ponderação*, tendo-se em vista a ocorrência da colisão de princípios. Daí a eleição do princípio maior que rege o caso concreto necessitar de uma trabalhosa atividade hermenêutica:

> Deve-se reconhecer aos princípios uma dimensão de peso ou importância. À vista dos elementos do caso concreto, o intérprete deverá fazer escolhas fundamentadas, quando se defronte com antagonismos inevitáveis, como os que existem entre a liberdade de expressão e o direito de privacidade, a livre iniciativa e a intervenção estatal, o direito de propriedade e a sua função social. A aplicação dos princípios se dá, predominantemente, mediante ponderação.[71]

Enquanto as regras são aplicadas na plenitude de sua força normativa[72], os princípios precisam ser ponderados. Isso revela que o intérprete deve estabelecer o peso relativo de cada um dos princípios em conflito, respeitando-se o núcleo mínimo de cada um deles e dos direitos fundamentais, até se concluir pela solução que melhor satisfaça ao ideário constitucional na situação apreciada. "Como a norma não detalha a conduta a ser seguida para sua realização, a atividade do intérprete será mais complexa, pois a ele caberá definir a ação a tomar".[73]

Nada obstante o exposto acima, atualmente, à vista do caso concreto, já se cogita da possibilidade de se ponderarem regras e de se aplicarem os princípios mediante subsunção.

> Isso porque, como visto, determinados princípios – como o princípio da dignidade da pessoa humana e outros – apresentam um núcleo de sentido ao qual se atribui natureza de regra, aplicável biunivocamente. Por outro lado, há situações em que uma regra, perfeitamente válida em abstrato, poderá gerar uma inconstitucionalidade ao incidir em determinado ambiente ou, ainda, há hipóteses em que a adoção do comportamento descrito pela regra violará gravemente o próprio fim que ela busca alcançar.[74]

No mais, resta claro que a normatividade dos princípios no pós-positivismo representou a consagração dos valores compartilhados por toda a sociedade. Diante disso, as decisões administrativas, incluindo-se as discricionárias, devem ser consentâneas com a principiologia constitucional, o que inclui o respeito aos direitos fundamentais. Caso essas decisões ameacem ou lesem direitos ou interesses legalmente protegidos, caberá à parte interessada recorrer ao Poder Judiciário para controlá-las através do exame dos argumentos desenvolvidos pelo intérprete, que, na seara administrativa, será o agente público. "Nada a estranhar, nessa ótica, que os princípios constitucionais, para além das regras, determinem a *obrigação de o administrador público justificar, na tomada das decisões, a eleição dos pressupostos de fato e de direito*".[75] De certo, isso se mostra imprescindível num Estado que prima pela legitimidade de todas as suas escolhas administrativas.

O insigne jurista Juarez Freitas enfatiza que o estado de discricionariedade legítima, respeitadora dos princípios constitucionais, concretiza o direito fundamental à boa administração pública. Para tanto, as decisões administrativas devem ser "*sistematicamente eficazes, motivadas, proporcionais, transparentes, imparciais, respeitadoras da participação social, da moralidade e da plena responsabilidade*".[76] Nesse contexto, os princípios se apresentam como parâmetros de controle dos atos administrativos discricionários e se refuta, de uma vez por todas, a figura da decisão administrativa insindicável.

6. CONCLUSÃO

No âmbito desse estudo, vimos que não é qualquer escolha administrativa comportada pela norma em abstrato que se constitui em solução legítima perante o Direito e as peculiaridades do caso concreto. A lei confere discricionariedade à Administração, em determinadas situações, para que ela, que se encontra em uma posição mais favorável de percepção da realidade que a circunda, possa reconhecer qual a providência apta a satisfazer rigorosamente o intuito legal.

Quanto ao conceito de discricionariedade administrativa, adotou-se o entendimento que a caracteriza tanto em função do mérito quanto em função dos conceitos (de valor) jurídicos indeterminados. Nessas hipóteses, a lei confere ao administrador, frente à textura aberta da norma, uma margem de liberdade para encontrar a solução ideal do caso concreto.

Vimos que, nessa primeira situação (mérito administrativo), há a apreciação subjetiva do administrador acerca da valoração dos motivos e/ou da escolha do conteúdo do ato com subsídio em critérios extrajurídicos. Primeiro porque o mérito é o endereço da oportunidade e da conveniência do ato discricionário; segundo porque representa o espaço remanescente a todo o controle de juridicidade, já realizado sobre os elementos vinculados e sobre os aspectos discricionários do ato. Diante disso, um possível controle de mérito (e não o controle de juridicidade do mérito, o qual é possível!) poderia resultar na substituição do ato por outra conduta igualmente legítima, porém inconveniente e inoportuna para a Administração Pública.

Já na segunda vertente da discricionariedade administrativa – os conceitos (de valor) jurídicos indeterminados –, o administrador

dispõe de uma potencial liberdade na aplicação da norma que contém conceitos como "moralidade pública", "boa-fé", "interesse público", dentre tantos outros, mas que somente se mostra possível quando o processo de interpretação do conceito (de valor), que antecede a atuação discricionária do agente público, faz emergir o seu conteúdo e extensão através de mais de uma intelecção razoável acerca do objeto que poderá ser subsumido ao conceito em questão. Nesta hipótese, tem-se, igualmente, atuação discricionária, porque a escolha administrativa é realizada com fundamento na intelecção a que chegou a Administração (intelecção legítima), ao passo que, no mérito, a escolha é baseada nas razões de conveniência e oportunidade.

Por fim, esse estudo demonstra que o controle dos atos administrativos discricionários alargou-se no pós-positivismo jurídico, tendo em vista a aplicação do denominado princípio da juridicidade, que afunila o campo de atuação da Administração Pública e, assim, delimita com segurança esses dois núcleos intangíveis da discricionariedade, de forma a conferir ao administrador a liberdade de escolha dentre condutas legítimas. Dessa forma, preserva-se o direito fundamental à boa administração pública.

ADMINISTRATIVE DISCRETION AND INTANGIBILITY OF ADMINISTRATIVE MERIT AND INTELLECTION OF INDETERMINATE LEGAL CONCEPTS (VALUE)

ABSTRACT: This work analyzes the administrative discretion. Relates the concept of administrative discretion to administrative merit and intellection of indeterminate legal concepts (value). Delimits the space of free choices administrator. Finally, it presents the principle of legality as limiting the discretion.

KEYWORDS: Administrative Discretion. Administrative Merit. Intellection of Indeterminate Legal Concepts (Value). Principle of Legality.

Notas

[1] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988.* São Paulo: Atlas, 1991, p. 29.

[2] Art. 1º da CF/88: A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como

fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

[3] Art. 37 da CF/88: A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: I ao XXII e §§ 1º ao 12 [...].

[4] FAGUNDES, Miguel Seabra. *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário.* 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p.119.

[5] MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional.* 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 9.

[6] Ibid., p. 13.

[7] Ibid., p. 15.

[8] LELLIS, Lélio Maximino. *O Controle Jurisdicional do Ato Administrativo Discricionário*. Revista IOB de Direito Administrativo.São Paulo, v. 2, n. 15, Março de 2007.

[9] MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 33.

[10] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 206.

[11] Ibid., p. 206.

[12] GUERRA. Sérgio. *Discricionariedade e Reflexividade.* Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 141.

[13] MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 889.

[14] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988.* São Paulo: Atlas, 1991, p. 44.

[15] _____. *Direito* Administrativo. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 206.

[16] MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional.* 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 40.

[17] FREITAS, Juarez. *Discricionariedade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública*. Malheiros, 2007, p. 21.

[18] Ibid., p. 22.

[19] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988.* São Paulo: Atlas, 1991, p. 41.

[20] CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 19. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 42.

[21] MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 27.

[22] Ibid., p. 48.

[23] Ibid., p. 37.

[24] MORAES, Germana de Oliveira. *Controle Jurisdicional da Administração Pública*. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2004, p. 56.

[25] Segundo Germana de Moraes, na concepção de Renato Alessi, a definição de discricionariedade é concebida a partir da associação de três aspectos distintos e complementares: a valoração do interesse público, a falta de determinação precisa na norma do que venha a ser o interesse público e a margem de liberdade de decisão atribuída pela norma à Administração.

[26] _____. op. cit., p. 48.

[27] ZANCANER, Weida. *Da Convalidação e da Invalidação dos Atos Administrativos.* 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 61.

[28] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988.* São Paulo: Atlas, 1991, p. 53.

[29] Ibid., p. 50.

[30] MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 20.
[31] ZANCANER, Weida. *Da Convalidação e da Invalidação dos Atos Administrativos*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 62.
[32] Já foi exposta, no capítulo anterior, a divergência doutrinária acerca da classificação dos elementos dos atos administrativos. Para aqueles que vislumbram a existência de cinco elementos, diz-se que o conteúdo se confunde com o próprio objeto do ato. Essa é a posição adotada por Hely Lopes Meirelles e por Maria Sylvia Zanella Di Pietro. Esta última preceitua que o "objeto ou conteúdo é o efeito jurídico imediato que o ato produz" (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Direito Administrativo*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005). Todavia, Celso Antônio Bandeira de Mello, que teorizou acerca dos elementos e dos pressupostos dos atos administrativos, identifica o conteúdo como elemento do ato, porque se trata da própria medida que produz alteração na ordem jurídica. É o ato em essência, segundo Dirley da Cunha Júnior. Já o objeto é distinto do conteúdo, por ser entendido como algo a que o ato se reporta. Ou seja, o objeto é a coisa ou a relação jurídica sobre a qual o ato administrativo recairá. "Ademais, o objeto está fora do ato, enquanto o conteúdo é interno ao ato. O conteúdo é aquilo que o ato dispõe. Isto é, o que o ato decide, enuncia, certifica, opina ou modifica na ordem jurídica. O conteúdo dispõe sobre alguma coisa, sendo esta – aqui sim – o próprio objeto do ato" (CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. Salvador: Jus PODIVIM, 2007, p. 99).
[33] MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 150.
[34] FAGUNDES, Miguel Seabra. *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 180.
[35] AMARAL, Diogo Freitas do. *Curso de Direito Administrativo*, *vol. ii*, *Lições aos alunos do curso de Direito no ano lectivo de 1987-88, policopiado,* Lisboa, 1988, p. 155 apud MORAES, Germana de Oliveira. *Controle Jurisdicional da Administração Pública*. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2004, p. 51.
[36] MORAES, Germana de Oliveira. *Controle Jurisdicional da Administração Pública*. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2004, p. 51.
[37] FAGUNDES, Miguel Seabra. *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário.* 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 91.
[38] MORAES, Germana de Oliveira. *Controle Jurisdicional da Administração Pública*. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2004, p. 49.
[39] Ibid., p. 50.
[40] Ibid., p. 50.
[41] MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 888.
[42] FREITAS, Juarez. *Discricionariedade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública*. Malheiros, 2007, p. 32.
[43] FILGUEIRAS JÚNIOR, Marcus Vinícius. *Conceitos Jurídicos Indeterminados e Discricionariedade Administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 99.
[44] Ibid., p. 101.
[45] Ibid., p. 102.
[46] Ibid., p. 104.
[47] MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 21.
[48] FILGUEIRAS JÚNIOR, Marcus Vinícius. *Conceitos Jurídicos Indeterminados e Discricionariedade Administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 146.
[49] Ibid., p. 146.
[50] Ibid., p. 147.
[51] COSTA, Regina Helena. *Conceitos Jurídicos Indeterminados e Discricionariedade*

Administrativa. In Revista da Procuradoria Geral do Estado, São Paulo: vol. 29/79 apud DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991, p. 81.

[52] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988.* São Paulo: Atlas, 1991, p. 82.

[53] FILGUEIRAS JÚNIOR, Marcus Vinícius. *Conceitos Jurídicos Indeterminados e Discricionariedade Administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 147.

[54] Para Tezner, defensor da Teoria da Univocidade, a interpretação dos conceitos indeterminados somente comporta uma única solução correta, o que vincula a atuação do administrador. Da mesma forma, a Teoria da Adequabilidade Normativa, defendida por Klaus Günther, considera que a aplicação dos conceitos indeterminados é uma atividade vinculada às peculiaridades do caso concreto, as quais determinam a norma a ser aplicada. Vê-se, portanto, que para ambas as teorias, inexiste discrição na interpretação e aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados.

[55] COELHO, Paulo M. da Costa. *Controle Jurisdicional da Administração Pública*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 106.

[56] PEREIRA, Flávio Henrique Unes. *Sanções disciplinares: o alcance do controle jurisdicional*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 107.

[57] FILGUEIRAS JÚNIOR, Marcus Vinícius. *Conceitos Jurídicos Indeterminados e Discricionariedade Administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 172.

[58] MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 25.

[59] CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 19. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 46.

[60] MORAES, Germana de Oliveira. *Controle Jurisdicional da Administração Pública*. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2004, p. 66.

[61] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991, p. 94.

[62] Ibid., p. 96.

[63] Ibid., p. 97.

[64] SANCHÍS, Luis Prieto. "Neoconstitucionalismo y ponderación judicial", pp. 127-129 apud NOVELINO, Marcelo. *Teoria da Constituição e Controle de Constitucionalidade*. Salvador: Jus Podivm, 2008, p. 86.

[65] O jusnaturalismo era uma corrente filosófica que se baseava na existência de um direito natural, legitimado por uma ética superior. Esse direito era constituído por valores e pretensões humanas legítimas, os quais independiam do direito posto. Trata-se de uma corrente oposta ao positivismo jurídico, na medida em que entendia que o Direito é norma. Quer-se dizer com isso que o Direito emanava do Estado e, por isso, se fazia imperativo e coativo. Contudo, essa supervalorização da lei não é condizente com o ideário do pós-positivismo, que exalta a importância dos valores, princípios e regras.

[66] Observe-se que o traço marcante do constitucionalismo moderno não é a inserção dos princípios nos textos constitucionais, mas sim o reconhecimento de sua normatividade.

[67] BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 327.

[68] Segundo os ensinamentos de Luís Roberto Barroso, há consenso na doutrina em relação à inexistência de hierarquia entre regras e princípios. Ambos são normas jurídicas, que integram o sistema referencial do intérprete.

[69] NOVELINO, Marcelo. *Teoria da Constituição e Controle de Constitucionalidade*. Salvador: Jus Podivm, 2008, p. 88.

[70] MORAES, Germana de Oliveira. *Controle Jurisdicional da Administração Pública*. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2004, p. 29.

[71] BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 6. ed. São Paulo: Saraiva,

2008, p. 329.
[72] Isso é possível porque as regras se limitam a prescrever uma conduta; se o fato previsto em abstrato se realiza, o efeito concreto previsto na regra é produzido. Já os princípios (mandados de otimização) podem ser cumpridos em diferentes graus, porque eles indicam fins a serem alcançados.
[73] Ibid., op. cit., p. 354.
[74] Ibid., op. cit., p. 355.
[75] FREITAS, Juarez. *Discricionariedade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública*. Malheiros, 2007, p. 7.
[76] Ibid., p. 21.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituiçao.htm>. Acesso em 10 jul. 2008.
CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 19. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
COELHO, Paulo M. da Costa. *Controle Jurisdicional da Administração Pública*. São Paulo: Saraiva, 2002.
CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Administrativo*. Salvador: Jus PODIVIM, 2007.
DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005.
_____. *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991.
FAGUNDES, M. Seabra. *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário.* 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
FILGUEIRAS JÚNIOR, Marcus Vinícius. *Conceitos Jurídicos Indeterminados e Discricionariedade Administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
FREITAS, Juarez. *Discricionariedade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública*. Malheiros, 2007.
GUERRA. Sérgio. *Discricionariedade e Reflexividade.* Belo Horizonte: Fórum, 2008.
LELLIS, Lélio Maximino. *O Controle Jurisdicional do Ato Administrativo Discricionário*. Revista IOB de Direito Administrativo.

São Paulo, v. 2, n. 15, Março de 2007.
MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
_____. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
MORAES, Germana de Oliveira. *Controle Jurisdicional da Administração Pública*. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2004.
NOVELINO, Marcelo. *Teoria da Constituição e Controle de Constitucionalidade*. Salvador: Jus PODIVM, 2008.
PEREIRA, Flávio Henrique Unes. *Sanções disciplinares: o alcance do controle jurisdicional*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.
ZANCANER, Weida. *Da Convalidação e da Invalidação dos Atos Administrativos.* 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

A PREVISÃO DO ART. 42 DO CDC DE RESTITUIÇÃO EM DOBRO DA QUANTIA INDEVIDAMENTE COBRADA AO CONSUMIDOR A TÍTULO DE CORRETAGEM IMOBILIÁRIA E A PROVA DA MÁ-FÉ: COMPREENDENDO A *RATIO LEGIS*

Tatiane Gonçalves Miranda Goldhar*

RESUMO: O artigo sugere um tema que tem sido muito debatido na Justiça sergipana em função de uma nova formatação de contrato de compra e venda de imóveis que vincula a aquisição do bem ao pagamento de taxa de corretagem pelo consumidor, o qual tem sido impossibilitado do direito à restituição dobrada na forma do art. 42 do CDC, dado a um entendimento de ser necessária a prova da má-fé.

PALAVRAS-CHAVE: Comissão de Corretagem. Contrato de Promessa de Compra e Venda. Restituição em Dobro. Código de Defesa do Consumidor. Má-Fé.

1. A COBRANÇA DE COMISSÃO DE CORRETAGEM NAS VENDAS DE BEM IMÓVEL SEM O CONSENTIMENTO DO CONSUMIDOR

Tem sido comum ações judiciais visando à restituição de parcelas pagas a título de comissão de corretagem por consumidores que se sentem indignados de terem sido cobrados por parcelas de um serviço que não fora conscientemente contratado, embora tenha sido pago, dando a falsa ideia de vontade em usufruir dessa intermediação na aquisição de um imóvel.

O cenário é esse: o cidadão dirige-se a um salão imobiliário, normalmente, essas grandes feiras de venda de imóveis, ou até mesmo, dirige-se a uma construtora e lá é atendido por um vendedor, muitas vezes visivelmente identificado com camisas, ou panfletos do empreendimento

* Advogada. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Especialista em Processo Civil pela Jus *Podivm*. Coordenadora da Escola Superior da Advocacia em Sergipe (ESA). Conselheira da Ordem dos Advogados de Sergipe. Professora Universitária dos cursos de Graduação e Pós-Graduação da Estácio-FASE.

a ser adquirido, e numa breve conversa sobre a unidade que se deseja comprar, logo lhe é imputado, como condição de contratação, o pagamento da taxa de corretagem, correspondente a 5% (cinco por cento) do valor do bem, às vezes inserida no próprio preço do imóvel, às vezes não, sugerindo que este cidadão contratou os serviços da imobiliária para a venda do bem.

Nesse contrato ou proposta de contrato de promessa de compra e venda, informa-se que o cliente, promitente comprador, anui aos serviços de intermediação imobiliária, e desde já tem seu recibo no valor ali pré-fixado. Tais valores não raramente são depositados na conta da própria corretora de imóveis e os recibos por ela emitidos, deixando claro que se trata de um negócio jurídico à parte.

No afã de adquirir o empreendimento, muitas vezes com algum preço promocional, o consumidor adere à contratação-tipo em comento e paga, em separado, as parcelas da corretagem, bastante significativas, sem atentar que esse serviço é uma contratação diferente da aquisição do bem imóvel, não inserida no contrato da compra e venda e dela não dependente.

Pergunta-se: será que realmente o consumidor tem consciência da aquisição que está fazendo? Há realmente uma liberdade na contratação desse serviço de corretagem? Essa intermediação efetivamente lhe beneficia? Os valores ou percentuais foram livremente negociados entre as partes?

As respostas nos levam a crer que esse cenário bastante comum traduz uma situação bastante lesiva ao consumidor que, focando apenas no bem a adquirir, olvida-se que serviços de intermediação de vendas serão por ele pagos sem que tivesse havido uma contratação lúcida nesse sentido.

Se o consumidor não está livremente consentindo no serviço de intermediação, até por que muitas vezes sequer compreende que ali está um corretor e não um vendedor da construtora, certamente não se pode conceber que ali tenha havido um ajuste formal em direção a um benefício de intermediação imobiliária.

Trata-se de mais um contrato de adesão em que o consumidor, como etapa para aquisição de um bem, tem que anuir ao pagamento de uma corretagem que, por todos os lados que se analise, beneficia diretamente ao vendedor, porquanto fora por ele disponibilizado e para ela atua na venda de imóveis.

A rigor, esse tipo de situação revela uma venda casada, disposta no art. 39, I do CDC, haja vista que se não pagar pela taxa de corretagem, cujo valor sequer foi por ele negociado, torna-se improvável que possa adquirir o imóvel desejado, extraindo-lhe as possibilidades de compra e o aproveitamento de vantagens e oportunidades de negócio, atentando, assim contra direitos básicos do consumidor de transparência, informação, boa-fé e lealdade nos ajustes contratuais. Dispensa afirmar que é nula a prática de venda casada, porquanto calcado em má-fé em situações que lesionam o consumidor por ausência de informação clara e suficiente sobre o negócio jurídico a ser firmado. Em se tratando de aquisição de casa própria, com mais força desnuda-se essa ilegalidade por envolver um bem essencial e que traduz o exercício do direito fundamental à moradia (art. 5º e 6º da Constituição Federal de 1988).

Se é a construtora que define os parâmetros da venda e amostra dos imóveis, ajustando previamente com a imobiliária os percentuais devidos mesmo antes de qualquer contato com as partes, determinando que haja prioridade sobre os empreendimentos da empresa/vendedora, então esta deverá arcar com os custos da corretagem, a qual, no mais das vezes, está simplesmente arcando com parte do seu custo operacional: comercialização e vendas. É a teoria do risco do negócio.

Desta forma, cabe ao consumidor demandar judicialmente a restituição das parcelas pagas a título de corretagem o que tem sido acolhida pela Justiça de um modo geral, com exceção do pedido de devolução em dobro, com lastro no art. 42 do Código de Defesa do Consumidor, em função da necessidade criada de prova da má-fé da vendedora, o que será abordado no tópico seguinte.

2. O DIREITO À RESTITUIÇÃO NA FORMA DOBRADA. ART. 42 DO CDC. PROVA DA MÁ-FÉ PELO CONSUMIDOR. COMPREENDENDO A *RATIO LEGIS*

Ponto bastante controverso quando o assunto é devolução da comissão de corretagem para o consumidor que a pagou indevidamente, ou seja, sem utilizar efetivamente o serviço do corretor, por ocasião da aquisição de unidades imobiliárias através de contratos de promessa de compra e venda é o que se refere a devolução em dobro prevista pelo art. 42, parágrafo único do CDC.

Muito se tem discutido na Justiça sergipana e em outros Tribunais do país sobre a possibilidade de devolução em dobro da comissão. Quando se é deferida a devolução, normalmente é feita de forma simples e não dobrada, o que exige análise mais cautelosa do fundamento jurídico da devolução na forma simples ou da não devolução em dobro, a fim de perscrutar se tal entendimento está em harmonia com Código de Defesa de Consumo.

Reza o art. 42 do CDC que: "O consumidor cobrado em quantia indevida tem direito à repetição do indébito, por valor igual ao dobro ao que pagou em excesso, acrescido de correção monetária e juros legais, salvo hipótese de engano justificável".

A lei impõe como requisito para o pedido de repetição de indébito em dobro a cobrança de quantia indevida a resultar em restituição na forma dobrada no que pagou em excesso, sem prejuízo da correção monetária e juros. A exceção à devolução em dobro é o engano justificável, ou seja, aquela situação escusável, porquanto imprevisível e que ocorreria com outros em circunstâncias equivalentes.

O engano escusável é aquele em que se revela uma cobrança indevida, mas que assim fora efetivada por engano, por descuido do credor, o qual, percebendo-a logo procura os meios necessários de não incomodar o devedor e retirar espontaneamente a dívida hipotética.

A despeito da clareza do texto da lei, o Superior Tribunal de Justiça sedimentou, no que pertine ao tema da comissão de corretagem, que só cabe a devolução em dobro nas repetições de indébitos quando provada a má-fé do fornecedor ou vendedor. Vejamos:

> AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. DIREITO DO CONSUMIDOR. RESTITUIÇÃO EM DOBRO DE QUANTIA PAGA INDEVIDAMENTE. EXIGÊNCIA DE CARACTERIZAÇÃO DE MÁ-FÉ. MATÉRIA PROBATÓRIA. SÚMULA 7/STJ. RECURSO NÃO PROVIDO.
> **1. A restituição em dobro das quantias pagas indevidamente pelo consumidor exige a caracterização de má-fé do fornecedor de produtos ou serviços.**

> 2. A verificação, no presente caso, da ocorrência de má-fé a justificar a devolução em dobro dos valores pagos a título de comissão de corretagem demanda o revolvimento da matéria fático-probatória. Incidência da Súmula 7/STJ.
> 3. Agravo regimental não provido.
> (AgRg no AREsp 269.915/RJ, Rel. Ministro LUÍS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 07/05/2013, DJe 17/05/2013)

Essa decisão da Quarta Turma do STJ já é precedente antigo do Tribunal[1], tendo havido uma única decisão encontrada do Rel. do Min. Francisco Falcão em sentido oposto, tratando de outros casos, considerando a simples culpa como suficiente para fundamentar o pedido de restituição na forma dobrada:

> FORNECIMENTO. ÁGUA. REDE. ESGOTO. RESTITUIÇÃO. DOBRO.
> O acórdão do TJ determinou a restituição de valores referentes a tratamento de esgoto que era cobrado na mesma razão do volume de água fornecido pela sociedade empresarial concessionária de água, cujo conteúdo, em torno de 20% do volume utilizado, perder-se-ia pelo uso, não podendo ser tarifado. O recorrente sustenta que pagou tarifa em excesso em razão de cobrança indevida, incidindo, portanto, o art. 42 do CDC, que determina a restituição em dobro dos valores devidos. Sustenta, também, que os honorários devem ser calculados com base no valor da condenação (art. 20, § 3º, do CPC), e não pela equidade, nos termos do § 4º do mencionado dispositivo. Assim, a controvérsia cinge-se à configuração do engano justificável, a incidir, ou não, a restituição em dobro. O Tribunal *a quo* afastou a incidência do mencionado art. 42 pela ausência de má-fé da recorrida. **Entretanto, para o Min. Relator, tal entendimento não deve prevalecer, isso porque não é só pela má-fé que se configura hipótese de restituição em dobro. Para a incidência do artigo, basta a culpa. No**

> **acórdão recorrido, não foi demonstrado o engano justificável. É de rigor a devolução em dobro dos valores cobrados indevidamente, nos termos do art. 42, parágrafo único, do CDC.** Quanto aos honorários, devem ser calculados nos termos do art. 20, § 3º, do CPC, incidindo sobre o valor da condenação, não sobre o valor da causa. Precedentes citados: REsp 1.025.472-SP, DJ 30/4/2008, e REsp 263.229-SP, DJ 9/4/2001. REsp 1.085.947-SP, Rel. Min. Francisco Falcão, julgado em 4/11/2008.

Observe-se que o entendimento que prevalece atualmente no STJ, seja em matéria de corretagem ou em outra qualquer, é deveras prejudicial ao consumidor, pois é ele o responsável pela prova da culpa (má-fé) do fornecedor quanto à cobrança indevida.

Esse entendimento, que tem sido repetido como um verdadeiro mantra jurídico, colide frontalmente com a sistemática de responsabilidade civil proposta pelo Código de Defesa do Consumidor, eis que impõe a prova da má-fé da vendedora ou do fornecedor quando, em verdade, na responsabilização objetiva não cabe qualquer aferição de culpa ou dolo, quanto mais de má-fé do agente causador do dano.

Trata-se de indesejável subversão do sistema objetivo de responsabilidade civil previsto pelo Diploma Consumerista, a merecer reflexão aprofundada sobre os efeitos de tal entendimento já que causa um ônus demasiado para o consumidor, hipossuficiente em relação ao processo organizacional interno da atividade prestada pelo fornecedor.

Na matéria trazida a exame, que são as ações visando a repetição de indébito de comissão de corretagem, é ainda mais gritante a necessidade da dobra legal em função da má-fé na cobrança da taxa do consumidor.

Uma situação muito frequente atualmente são os ditos salões imobiliários organizados para a venda de empreendimentos habitacionais de várias categorias, de diferentes construtoras que atraem o consumidor pela comodidade, segurança e facilidade no encontro da oportunidade que mais lhe tragam vantagem. Ali estão dispostos não só as construtoras, mas também as corretoras ou empresas de corretagem por ela contratados e disponibilizados para conseguir mais clientes e potenciais compradores para o negócio jurídico em destaque.

O consumidor se depara com uma única forma de adquirir empreendimentos: através de uma intermediação que foge à sua escolha quanto ao tipo, forma e valor de serviço, anunciando um claro contrato de adesão ou ainda uma venda casada vez que para adquirir o empreendimento necessariamente deve-se anuir a uma intermediação.

Nesse cenário, é de perguntar: presente a liberdade e autonomia contratuais do consumidor para a intermediação da venda? A condição de intermediação e do pagamento, muitas vezes no ato, do valor da corretagem não traduziria nesse contexto uma venda casada? Uma imposição injusta e inesperada ao consumidor?

O consumidor não procurou a empresa de corretagem para contratar seus serviços, nunca solicitou ou tolerou qualquer intermediação para aquisição do empreendimento desejado, de modo que cabe à vendedora assumir esse custo de *marketing* e corretagem, uma vez que ambos serviram exclusivamente ao seu interesse.

Sob a égide do CDC, cabe ao fornecedor de bens e serviços observar e cumprir o dever de informação, mormente quanto ao conteúdo de cláusulas que limitam a prestação contratada ou gravem o consumidor com ônus superior ao assumido, ou seja, o consumidor deve ser cientificado acerca das circunstâncias que gravitam em torno da obrigação.

São as lições de Ada Pelegrini Grinover[2], "trata-se do dever de informar bem o público consumidor sobre todas as características importantes de produtos e serviços, para que aquele possa adquirir produtos, ou contratar serviços, sabendo exatamente o que poderá esperar deles".

Não se trata pois de sustentar que o serviço de corretagem é devido ou indevido, ou inexistente; trata-se de ponderar que se existente é contratado pela própria fornecedora do produto, isto é, pela vendedora, extraindo qualquer obrigatoriedade do adquirente na assunção desse ônus[3].

Nesses casos, a corretagem em si efetivamente não lhe beneficia diretamente, não lhe foi útil nem fundamental para adquirir a unidade desejada, estando esse serviço claramente à disposição da empresa vendedora (Teoria da Representação) e fazendo parte do seu negócio jurídico de construção, incorporação e vendas de empreendimentos.

Ainda que o serviço tenha sido prestado, a cobrança, portanto, não é devida ao consumidor e claro está que há evidente má-fé na forma como a negociação e a cobrança são feitas, mascarando uma situação de compra de um serviço pelo cliente não consciente e livremente solicitado.

O consumidor não fora informado da parcela de corretagem, sendo sua imposição, embutida ou não no preço do ajuste, um instrumento limitador de sua liberdade e direito à informação clara e suficiente acerca do negócio jurídico de compra e venda e corretagem, que é assessório àquele.

Tal negócio não se harmoniza com o princípio da transparência. Sobre tal, a doutrina de Sergio Cavalieri Filho[4] nos traz precisa lição:

> Transparência nas relações de consumo importa em informações claras, corretas e precisas sobre o produto a ser fornecido, o serviço a ser prestado, **o contrato a ser firmado – direitos, obrigações, restrições.** Destaca-se.

O dever de informação e de transparência são apanágios da máxima da boa-fé e os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração (art. 113, CC).[5]

Infere-se que estão presentes todos os requisitos previstos no art. 42, §único do CDC, a saber: cobrança de quantia indevida, pagamento da quantia injusta, circunstâncias capazes de ensejar a devolução em dobro, para recomposição patrimonial do consumidor injustamente lesado.

Qualquer interpretação em contrário vai de encontro com os princípios fundamentais do consumidor e restringe a possibilidade de reparação cível, eis que onera o lesado e hipossuficiente com o ônus de provar elemento subjetivo que não fora imposto textualmente pelo legislador.

De outro lado, a única exceção à devolução em dobro seria a ocorrência de engano injustificável, o que normalmente não ocorre, eis que é ônus da vendedora assegurar-se e prevenir-se ao consumidor de enganos.

Sobre a devolução em dobro, merece profunda reflexão o escólio lúcido e prudente de Cláudia Lima Marques[6]:

> Nestes primeiros 14 anos de CC, a norma do parágrafo único do art. 42 tem alcançado pouca efetividade, talvez por ter sido pouco compreendida, mesmo sendo a única norma referente à cobrança indevida, em todas as suas formas. Prevista como uma sanção pedagógica e preventiva, a evitar o

> fornecedor se "descuidasse" e cobrasse a mais dos consumidores por "engano", que preferisse a inclusão e aplicação de cláusulas sabidamente abusivas e nulas, cobrando a mais com base nestas cláusulas, ou que o fornecedor usasse de métodos abusivos na cobrança correta do valor, a devolução em dobro acabou sendo vista pela jurisprudência, não como uma punição razoável ao fornecedor negligente ou que abusou de seu "poder" na cobrança, mas como uma fonte de enriquecimento "sem causa" do consumidor. **Quase que somente em caso de má-fé subjetiva do fornecedor, há devolução em dobro, quando o CDC, ao contrário, menciona a expressão "engano justificável" como única exceção. Mister rever esta posição jurisprudencial.** A devolução simples do cobrado indevidamente é para casos de erros escusáveis dos contratos entre iguais, dois civis ou dois empresários, e está prevista no CC/2002. No sistema do CDC, todo o engano da cobrança de consumo é, em princípio injustificável, mesmo o baseado em cláusulas abusivas inseridas no contrato de adesão, *ex vi* o disposto no parágrafo único do art. 42. Cabe ao fornecedor provar que seu engano na cobrança, no caso concreto, foi justificado. Destaca-se.

A devolução em dobro também tem função punitiva e educativa, na medida em que indeniza o lesado com o objetivo de evitar que haja nova cobrança injusta e pagamento de valores indevidos ou seja exposto ao ridículo ou importunado, ao embutir maliciosamente no contrato a taxa de corretagem como uma etapa ou condição para aquisição do empreendimento imobiliário.

Em tempos idos, a jurisprudência da Turma Recursal de Sergipe já foi nesse sentido:

> Nº do Processo: 201201008251
> Classe: Recurso Inominado
> Assuntos: DIREITO CIVIL - Obrigações - Espécies de Contratos - Corretagem

Data de Distribuição: 08/11/2012
Processo Origem: 201240200113
Procedência: 2º JUIZADO ESPECIAL CÍVEL
CIVIL E CDC – COMPRA E VENDA DE IMÓVEL – CORRETAGEM – TRANSFERÊNCIA DO ÔNUS DO PAGAMENTO DO VENDEDOR PARA O CONSUMIDOR ATRAVÉS DO CONTRATO DE ADESÃO – ABUSIVIDADE DA CLÁUSULA QUE ONERA EXCESSIVAMENTE O CONSUMIDOR SEM QUALQUER VANTAGEM CORRELATA OU POSSIBILIDADE DE NEGOCIAÇÃO A RESPEITO – VENDA REALIZADA EM ESTANDE DA PRÓPRIA CONSTRUTORA – APARÊNCIA PERANTE OS CONSUMIDORES DE CONTRATO DIRETO COM A CONSTRUTORA – COMISSÃO DE CORRETAGEM INDEVIDA – **DEVOLUÇÃO DO VALOR PAGO EM DOBRO –** SENTENÇA MANTIDA PELOS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

CIVIL E CDC – COMPRA E VENDA DE IMÓVEL – CORRETAGEM – A VENDA NO LOCAL DO EMPREENDIMENTO COM IDENTIFICAÇÃO DA CONSTRUTORA NO RECIBO RELATIVO À TAXA DE CORRETAGEM - APARÊNCIA DE COMPRA DIRETAMENTE COM A CONSTRUTORA – **comissão de corretagem indevida – devolução em dobro – inexistência de engano justificável** – sentença mantida pelos próprios fundamentos – recurso conhecido e improvido. (Recurso Inominado Nº 201201002482, Turma Recursal do Estado de Sergipe, Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, Cléa Monteiro Alves Schlingmann , RELATOR, Julgado em 17/07/2012)

RECURSO INOMINADO. CONSUMIDOR. COBRANÇA DE VALORES CORRESPONDENTES A CORRETAGEM. AUTORA QUE NÃO CONTRATOU CORRETOR. TRANSAÇÃO REALIZADA COM A CONSTRUTORA ATRAVÉS DE SUA CENTRAL DE VENDA. COBRANÇA

ABUSIVA. **RESTITUIÇÃO EM DOBRO QUE SE IMPÕE**. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.
(Recurso Inominado Nº 201201008878, Turma Recursal do Estado de Sergipe, Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, Maria de Fátima Ferreira de Barros, JUIZ(A) CONVOCADO(A), Julgado em 31/01/2013)

CIVIL E CDC – COMPRA E VENDA DE IMÓVEL – CORRETAGEM – AUTORA QUE PROCUROU DIRETAMENTE A EMPRESA CONSTRUTORA – INEXISTÊNCIA DE CIÊNCIA POR PARTE DOS COMPRADORES QUE NEGOCIAVAM COM CORRETORA – CLÁUSULA CONTRATUAL QUE ESTABELECE A COMISSÃO ABUSIVA – FALHA NO DEVER DE INFORMAÇÃO – APARÊNCIA PERANTE OS CONSUMIDORES DE CONTRATO DIRETO COM A CONSTRUTORA – COMISSÃO DE CORRETAGEM INDEVIDA – **DEVOLUÇÃO EM DOBRO** – INEXISTÊNCIA DE ENGANO JUSTIFICÁVEL – SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA – RECURSO DA AUTORA CONHECIDO E PROVIDO, DA RÉ CONHECIDO E IMPROVIDO.
(Recurso Inominado Nº 201201008298, Turma Recursal do Estado de Sergipe, Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, Brígida Declerc Fink, JUIZ(A) CONVOCADO(A), Julgado em 18/12/2012)

CIVIL E CDC. RECURSO INOMINADO. COBRANÇA DE COMISSÃO DE CORRETAGEM. VENDA NO LOCAL DO EMPREENDIMENTO. APARÊNCIA DE COMPRA DIRETAMENTE COM A CONSTRUTORA. CONTRATO DE ADESÃO ADUZ NA CLÁUSULA 4ª QUE O COMPRADOR É RESPONSÁVEL PELO PAGAMENTO DA COMISSÃO DE CORRETAGEM À EMPRESA FGI NEGÓCIOS IMOBILIÁRIOS. CLÁUSULA ABUSIVA. APLICAÇÃO DO ART. 51, IV, DOCDC. **DEVOLUÇÃO EM DOBRO DO**

> **VALOR INDEVIDAMENTE COBRADO**. INEXISTÊNCIA DE ENGANO JUSTIFICÁVEL. PRECEDENTES DOS TRIBUNAIS BRASILEIROS. SENTENÇA MANTIDA PELOS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.
> (Recurso Inominado Nº 201201009337, Turma Recursal do Estado de Sergipe, Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, Maria Angélica França e Souza, JUIZ(A) CONVOCADO(A), Julgado em 31/01/2013)

Ressalte-se, todavia, que hodiernamente o pensamento da Turma Recursal sergipana foi modificado desprestigiando a redação clara do art. 42, § único do CDC, assim como direitos do consumidor, ao fundamento de acompanhar a entendimento pacificado do STJ:

> CONSUMIDOR. DECISÃO MONOCRÁTICA NEGANDO SEGUIMENTO A RECURSO POR ESTAR EM CONFRONTO COM ENTENDIMENTO CONSOLIDADO DESTA TURMA RECURSAL. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 557 CAPUT DO CPC E ENUNCIADO 01 DESTE ORGÃO JULGADOR. COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. COBRANÇA INDEVIDA DE COMISSÃO DE CORRETAGEM. RESTITUIÇÃO DE FORMA SIMPLES. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO CONHECIDO E IMPROVIDO
> (Recurso Inominado Nº 201301006006, Turma Recursal do Estado de Sergipe, Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, Maria Angélica França e Souza , RELATOR, Julgado em 20/02/2014)

> AGRAVO REGIMENTAL. DECISÃO MONOCRÁTICA QUE DEU PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO DAS DEMANDADAS. DECISÃO MONOCRÁRICA. CONSUMIDOR. CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. COBRANÇA DE CORRETAGEM. NEGÓCIO JURÍDICO

> CELEBRADO EM STAND DE CONSTRUTORA. APARÊNCIA DE COMPRA DIRETA COM A CONSTRUTORA. COMISSÃO DE CORRETAGEM INDEVIDA. RESTITUIÇÃO QUE DEVE SER FEITA DE FORMA SIMPLES. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE MÁ-FÉ. NECESSIDADE. PRECEDENTES DO STJ. SENTENÇA MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. (Recurso Inominado Nº 201301006437, Turma Recursal do Estado de Sergipe, Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, Maria de Fátima Ferreira de Barros, RELATOR, Julgado em 13/02/2014)

> AGRAVO REGIMENTAL. CDC. PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. COMISSÃO DE corretagem. Abusividade da cláusula que onera excessivamente o consumidor sem qualquer vantagem correlata ou possibilidade de negociação a respeito. Contratação pela própria incorporadora. Comissão indevida. Devolução do valor pago, de forma simples. CESSÃO DE DIREITOS. LEGITIMIDADE DO CEDENTE, QUE EFETUOU O PAGAMENTO. PRECEDENTES DESTE COLEGIADO. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. (Recurso Inominado Nº 201301013471, Turma Recursal do Estado de Sergipe, Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, José Anselmo de Oliveira , JUIZ(A) CONVOCADO(A), Julgado em 23/01/2014)

O Tribunal de Justiça do nosso Estado também endossa o entendimento do STJ, exigindo a má-fé para a devolução em dobro, também em desarmonia com a principiologia do CDC e da *mens legis*:

> APELAÇÃO CÍVEL. CIVIL E PROCESSO CIVIL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C REPETIÇÃO DE INDÉBITO E INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS.

RECURSO DA CONSTRUTORA DEMANDADA INTERPOSTO ANTES DO JULGAMENTO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AUSÊNCIA DE REITERAÇÃO. INTEMPESTIVIDADE. NÃO CONHECIMENTO. RECURSO DA AUTORA. CONTRATO PARTICULAR DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. VALIDADE DE CLÁUSULA DE PRORROGAÇÃO DE PRAZO DE TOLERÂNCIA. CENTO E OITENTA DIAS. PRAZO INICIALMENTE ESTIPULADO. 31/12/2010. PRAZO FINAL E ACEITÁVEL PARA ENTREGA DO IMÓVEL. 29/06/2011. INEXISTE ELEMENTO INDICATIVO DE QUE A UNIDADE HABITACIONAL FORA ENTREGUE À AUTORA NO TRANSCURSO DA DEMANDA ATÉ O PRESENTE MOMENTO. ATRASO NA ENTREGA CONSTATADO POR MAIS DE DOIS ANOS. INADIMPLEMENTO CONSTRATUAL AVERIGUADO. LUCROS CESSANTES. NECESSIDADE DE PROVA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. ÔNUS DA AUTORA. DANOS MATERIAIS NÃO CABÍVEIS. RESTITUIÇÃO DA COMISSÃO DE CORRETAGEM NA FORMA SIMPLES. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS DO ART. 42, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CDC. DANOS MORAIS. VERBA INDENIZATÓRIA MANTIDA NO VALOR DE R$ 5.450,00. OBSERVAÇÃO DOS LIMITES DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS FÁTICAS. RECURSO DA AUTORA CONHECIDO E DESPROVIDO. DECISÃO UNÂNIME.

(...) Não cabe a restituição em dobro do valor referente à comissão de corretagem, uma vez que não estão presentes os requisitos do parágrafo único, do artigo 42, do Código de Defesa do Consumidor. Cobrança fundada em cláusulas aparentemente válida e inexistência de má-fé. Cabível a devolução na forma simples, como determinado na sentença monocrática.

Danos morais fixados em valor razoável, diante das circunstâncias fáticas. Necessidade de manutenção.

> Recurso da autora conhecido e desprovido.
> Decisão unânime.
> (Apelação Nº 20121070, Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, RUY PINHEIRO DA SILVA , RELATOR, Julgado em 05/11/2013)
>
> APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE RESTITUIÇÃO DAS TAXAS DE CORRETAGEM- COMPRA E VENDA DE IMÓVEL - COMISSÃO DE CORRETAGEM - NEGÓCIO REALIZADO EM ESTANDE DE VENDAS DA PRÓPRIA CONSTRUTORA – DEVOLUÇÃO DEVIDA NA FORMA SIMPLES – HONORÁRIOS – REDUZIDO - SENTENÇA REFORMADA EM PARTE
> I-Ficando demonstrado que o negócio se realizou no estande de vendas da própria construtora, ficando aparente de que não havia intervenção de corretores na compra e venda, não é devida a cobrança da comissão de corretagem do consumidor;
> II - Destarte, levando-se em conta a complexidade da causa, duração do processo e os demais critérios elencados no art. 20, § 3º do CPC, entendo que deve ser minorado o percentual para 15% na condenação em honorários advocatícios.
> (Apelação Nº 201401577, , Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, RICARDO MÚCIO SANTANA DE A. LIMA , RELATOR, Julgado em 24/03/2014)

Exigir do consumidor a comprovação da má-fé da vendedora é restringir o direito à restituição através de uma clara deturpação das lições mais basilares sobre a responsabilidade civil objetiva consagrada pelo legislador consumerista. Se o consumidor é hipossuficiente e prova, através da contextualização e sua narrativa que foi obrigado a pagar por um serviço não utilizado por imposição unilateral da contratação, evidenciando uma venda casada, que, diga-se de passagem é vedada pelo CDC[7], demonstrada *ipso facto* a má-fé, dispensando qualquer outro elemento de prova sob pena de mitigar injustificadamente, o direito à restituição dobrada conforme permite ao dispositivo estudado.

CONCLUSÃO

Observa-se que, a par de não existir na lei o requisito da má-fé a ser provado pelo consumidor, tanto o Superior Tribunal de Justiça quanto outros Tribunais do país, a exemplo do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, estão exigindo essa prova do consumidor, trazendo-lhe um ônus injusto e demasiado dentro da sistemática da responsabilidade objetiva própria das relações de consumidor.

Tal entendimento colide com a nota de hipossuficiência do consumidor e o coloca numa situação altamente prejudicial eis que precisa provar uma intenção, uma prática concreta de má-fé, quando, em verdade, o mero contexto de compra e venda já revela por si só a prática da má-fé e a brutal falta de informação ao cliente na cobrança de parcelas de corretagem jamais contratadas pelo consumidor. A venda casada é prática vedada por lei.

Lamentável que atualmente esse seja o entendimento majoritário da Justiça sergipana diante de tão flagrante prática reiterada de má-fé. Infelizmente tal precedente tem origem no Superior Tribunal de Justiça, órgão de cúpula responsável pela uniformização da legislação federal e proteção das garantias do consumidor.

É mister que o julgador investigue a *ratio legis*, o espírito e a razão da lei, a fim de atestar qual foi a ideia do legislador quando consagrou a possibilidade de restituição dobrada pelo consumidor, quando fosse cobrado indevidamente. Se a lei ressalvou apenas o engano justificável, matéria de prova da vendedora, não há que se criar outros requisitos em prejuízo do consumidor, reduzindo suas possibilidades de êxito na Justiça, quando efetivamente demonstra as práticas ilegais a que está submetido no mercado imobiliário.

É preciso lembrar que qualquer dúvida em relação às cláusulas adesivas do contrato de promessa de compra e venda deve ser desembaraçada à luz do art. 47 do CDC, isto é, dando preferência à interpretação que mais proteja o consumidor, o que não vem sendo adotado por nossos Tribunais. Sugere-se, portanto, uma releitura da regra do art. 42 do CDC compatibilizando a exegese que se tem realizado da norma aos princípios da lealdade, transparência e eticidade norteadores da relação consumerista.

THE PREDICTION OF THE ART. CDC 42 DOUBLE REFUND THE AMOUNT WRONGLY CHARGED TO THE CONSUMER IN THE FORM OF REAL ESTATE BROKERAGE AND EVIDENCE OF BAD FAITH: UNDERSTANDING THE RATIO LEGIS

ABSTRACT: The article suggests a topic that has been very debated in our Court of Justice in Sergipe due to a new format of the purchase and sale agreement, which has been linked to the acquisition of the brokerage agreement in which the correspondent fee is paid by the consumer without his prior consent, who has been unable to the doubled restitution pursuant to art. 42 of Consumer Defense´s Code, owed to the bad faith proof.

KEYWORDS: Brokerage Agreement. Purchase and Sale Agreement. Doubled Restitution. Consumer Defense Code. Bad Faith.

Notas

[1] REsp 761.114-RS, DJ 14/8/2006; REsp 200.827-SP, DJ 9/12/2002; REsp 401.589-RJ, DJ 4/10/2004; AgRg no Ag 947.169-RJ, DJ 12/12/2007, e REsp 505.734-MA, DJ 23/6/2003. REsp 1.032.952-SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 17/3/2009; REsp 1.127.721-RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 3/12/2009.

[2] GRINOVER, Ada Pelegrini e outros. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense. 9. ed. 2007, p. 146.

[3] Scavone entende que "aquele que contratou efetivamente o corretor deve pagar a comissão" em SCAVONE JÚNIOR, Luiz Antônio. *Direito Imobiliário*: teoria e prática. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p.289.

[4] FILHO, Sergio Cavalieri Filho. *Programa de Direito do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p.63.

[5] TEPEDINO, Gustavo. SCHEREIBER, Anderson. A boa-fé objetiva no Código de Defesa do Consumidor e no novo Código Civil, P. 29-44. In: *Obrigações*. Coord. Gustavo Tepedino. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p.32.

[6] MARQUES, Cláudia Lima. in: *Comentários ao código de defesa do consumidor*, 2. ed., RT, São Paulo-SP, 2006, pág. 593.

[7] Art. 39, I do CDC.

REFERÊNCIAS

FILHO, Sérgio Cavalieri Filho. *Programa de Direito do Consumidor*. 2. ed. São Paulo. Editora Atlas, 2010.

GOLDHAR, Tatiane Gonçalves Miranda. Os novos rumos do contrato de corretagem e sua inserção nos contratos de promessa de compra e

venda de imóvel: duas facetas de uma mesma moeda. *Revista da Ejuse*, nº 18, 2013.
GRINOVER, Ada Pelegrini e outros. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense. 9. ed. 2007.
MARQUES, Cláudia Lima. In: *Comentários ao código de defesa do consumidor*, 2. ed., RT, São Paulo/SP, 2006.
TEPEDINO, Gustavo. SCHEREIBER, Anderson. A boa-fé objetiva no Código de Defesa do Consumidor e no novo Código Civil, P. 29-44. In: *Obrigações*. Coord. Gustavo Tepedino. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p.32.
SCAVONE JÚNIOR, Luiz Antônio. *Direito Imobiliário***:** teoria e prática. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL À LUZ DA LEI 12.830/2013

Enéas de Oliveira Dantas Junior*

RESUMO: Este artigo tem por objeto de estudo os aspectos da investigação criminal, nos moldes da novel Lei n.º 12.830/2013 e na forma pela qual é conduzida pelo Delegado de Polícia à luz dos princípios insculpidos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Ademais, a importante inovação legislativa destaca a natureza jurídica das funções de polícia judiciária, sendo esta, essencial e exclusiva do Estado; a forma de condução da investigação criminal realizada pelo Delegado de Polícia; do poder de requisição; do indiciamento fundamentado e de outras atribuições e garantias importantes à autoridade policial. O presente estudo, nesse aspecto, contribui com uma análise de um assunto extremamente polêmico e amplamente discutido no universo jurídico, além de apresentar uma visão crítica a respeito de alguns pontos da referida legislação, dada a sua importância no plano teórico e prático da investigação criminal.

PALAVRAS-CHAVE: Investigação. Lei 12.830/2013. Delegado. Requisição.

1. INTRODUÇÃO

A Lei 12.830/2013 foi aprovada em meio a um contexto de intensas discussões relativas a Proposta de Emenda à Constituição de nº 37, a qual previa que apenas às Polícias Federal e Civil incumbia a apuração das infrações penais, nos termos dos §§ 1º e 4º do art. 144 da nossa Carta Política de 1988, com um discurso enérgico entre Delegados de Polícia, membros do Ministério Público e a sociedade.

Em meio a tais debates é importante lembrar que a Lei 12.830/2013, foi aprovada e publicada em 20 de junho de 2013, não retirando a

* Assessor de Juiz da 2ª Vara Criminal e do 2º Tribunal do Júri de Nossa Senhora do Socorro/SE. Técnico Judiciário do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe. Pós-graduando em Direito Constitucional Aplicado pela Faculdade de Direito Damásio de Jesus (FDDJ/SP). Bacharel em Direito pela Universidade Tiradentes (UNIT).

possibilidade de investigação criminal por parte do Ministério Público, nada prevendo quanto a isso, mesmo porque, caso o fizesse haveria flagrante inconstitucionalidade formal, ante a impossibilidade de tal alteração, ser realizada por meio de lei, no entanto, a nova legislação tem a finalidade de ratificar que as decisões finais acerca das diligências realizadas no procedimento administrativo, qual seja, no inquérito policial, ficariam a cargo do Delegado de Polícia.

Objetiva o diploma legal o reconhecimento de que o exercício da função de Delegado de Polícia é de natureza jurídica, essencial e exclusiva de Estado, devendo, pois, a Autoridade Policial ser equiparada às demais carreiras de Estado, quais sejam, Defensoria Pública, Ministério Público e Magistratura. Tem por finalidade, também, afirmar que a decisão sobre a necessidade de realização ou não de eventuais diligências no Inquérito Policial pertence ao Delegado de Polícia.

A carreira de Delegado vem passando por intensas remodelações, estas necessárias, considerando os equívocos que já partem da própria epistemologia da palavra "delegado", ensejando a ideia de delegação da função, fato este que inexiste, quando em verdade para se tornar autoridade policial, é necessária a submissão ao concurso público.

Com o relevante e contínuo processo democrático que vem passando nosso país, principalmente, após a promulgação da Carta Magna de 1988, debates dos mais variados acerca da segurança pública e da atividade do Delegado de Polícia, se fazem presentes no seio social, precipuamente pela razão maior de que é a primeira autoridade a garantir os direitos e garantias constitucionais no âmbito criminal, sendo necessário uma exigência cada vez maior do profissional, seja relativo a capacitação, com sua especialização, ou no exercício decisivo do combate à criminalidade, com uma estrutura voltada para um bom trabalho investigativo.

Nos termos da Constituição Federal de 1988, face o acolhimento do denominado Direito Penal Mínimo, onde o indivíduo não é tratado como um objeto de investigação, mas sim, como um sujeito de direitos, é primordial que a investigação criminal passe por aprimoramentos e fortaleça às carreiras que lidam com o Direito Penal e o Direito Processual Penal.

Nesse contexto, o presente artigo visa abordar, de forma sucinta, os principais aspectos, que versa, fundamentalmente, sobre a investigação criminal realizada pela autoridade policial, tendo a finalidade meramente

didática, sem o objetivo deliberado de encampar ou criticar qualquer das diversas posições institucionais existentes, conforme será detalhado a seguir.

2. DAS ATIVIDADES DE POLÍCIA JUDICIÁRIA, INVESTIGAÇÃO CRIMINAL E GARANTIAS AO DELEGADO DE POLÍCIA

A investigação criminal realizada pela Polícia é feita por meio do inquérito policial ou através do termo circunstanciado de ocorrência, ambos que são conduzidos pelo Delegado de Polícia, caracterizando procedimentos de natureza administrativa, inquisitório e preparatório, presididos pela referida autoridade, consistente em um conjunto de diligências, as quais objetiva a identificação das fontes de prova e colheita de elementos de informação, quanto à autoria e à materialidade do delito, a fim de que o titular da ação penal possa ingressar em juízo.

Leciona Edílson Mougenot Bonfim acerca do Inquérito Policial:

> A investigação preliminar será necessária quando o autor da ação penal não dispuser de elementos mínimos para propô-la — a efetiva prova da existência da infração penal e indícios de quem a perpetrou. Assim, a finalidade precípua da investigação é coletar a prova da existência da infração e indícios de quem seja seu provável autor. A petição inicial (denúncia ou queixa) pode ser oferecida sem que haja inquérito policial, sendo este dispensável. Para tanto, basta que o autor da ação penal detenha elementos que comprovem a materialidade (existência) e indiquem a autoria da infração penal (...) Muito embora a fase investigatória da persecução possa ser realizada por diversos meios, o instrumento usualmente adotado na investigação pré-processual é o inquérito policial, procedimento conduzido pela polícia, no exercício da função judiciária e presidido por uma autoridade policial, o delegado de polícia, funcionário público integrante de carreira. [1]

A investigação criminal não é uma atividade exclusiva das Polícias Civil e Federal, uma vez que pode ser realizada por meio de outros órgãos, quais sejam, Comissões Parlamentares de Inquérito (CPI), Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF), Banco Central, Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), IBAMA e o Ministério Público. O artigo 4º do CPP que reza: "A polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria", não faz menção a nenhuma exclusividade de investigação, bem como no que concerne o artigo 1º da Lei 12.830/2013, no qual não afirma que a investigação criminal somente pode ser realizada pelo Delegado de Polícia, mas regula a investigação perpetrada pela autoridade policial, vejamos:

> **Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a investigação criminal conduzida pelo delegado de polícia.**
>
> **Art. 2º** As **funções de polícia judiciária** e a apuração de infrações penais exercidas pelo delegado de polícia são de **natureza jurídica, essenciais e exclusivas de Estado.**
>
> § 1º **Ao delegado de polícia, na qualidade de autoridade policial, cabe a condução da investigação criminal por meio de inquérito policial ou outro procedimento previsto em lei**, que tem como objetivo a apuração das circunstâncias, da materialidade e da autoria das infrações penais. (negritei)

Nesse sentido, o art. 2º da novel Lei, é um verdadeiro reforço ao art. 144, §4º, da nossa Carta Política de 1988[2], o qual reconhece a natureza jurídica da atuação do Delegado de Polícia, com *status* de autoridade policial, e, confere atribuição para a condução da investigação criminal, mesmo em contrapartida aos entendimentos contrários no sentido de que, as atribuições desempenhadas pela autoridade policial não poderiam ser classificadas como jurídicas, mas exercício de atividades materiais de segurança pública. Tais posicionamentos é demasiadamente limitativos, considerando que o cargo de Delegado de Polícia é privativo de bacharel

em Direito e suas funções estão atreladas a aplicação, no caso concreto, de normas jurídicas.

Ademais, o artigo segundo da Lei em estudo, trata as funções de polícia judiciária e da atividade de apuração de infrações penais como sendo institutos diversos, com suas particularidades.

Nesta linha, à luz do pensamento do professor Renato Brasileiro de Lima: "*as funções de polícia investigativa devem ser compreendidas as atribuições ligadas à colheita de elementos informativos quanto à autoria e materialidade das infrações penais*".[3] Continua, quanto as funções de polícia judiciária "*está relacionada às atribuições de auxiliar o Poder Judiciário, cumprindo ordens judiciárias relativas à execução de mandados de prisão, busca e apreensão, condução coercitiva de testemunhas etc*"[4].

O caráter de essencialidade dado à investigação criminal, não se confunde com a imprescindibilidade ou não do inquérito policial, para apuração da autoria e materialidade, mas está relacionada a afirmar que, a atividade policial é essencial em um Estado Constitucional, sendo exclusiva do Poder Público, sem qualquer transferência das funções policiais para a seara privada. Assim, é vedada a terceirização da atividade investigativa do Estado.

Por outro lado, o mesmo não se pode afirmar quanto à apuração das infrações penais, esta que pode ser realizada por particulares. Dessarte, qualquer pessoa, seja física ou jurídica, pode investigar crimes, considerando que a segurança pública, nos termos do art. 144, da Constituição Federal é de responsabilidade de todos. É a chamada investigação criminal defensiva. Registre-se, que tal investigação não detém do aparato coercitivo estatal, mas desde que não vá de encontro ao ordenamento jurídico, é perfeitamente lícita e legítima.

Constata-se uma expansão da visão dicotômica da finalidade da investigação criminal para incluir as circunstâncias, junto à autoria e materialidade, evidenciando, assim, a importância do trabalho de investigação realizado pelo Delegado de Polícia, este que deve buscar todos os elementos elucidativos do crime. É flagrante a necessidade de amplo conhecimento jurídico da autoridade policial, uma vez que as circunstâncias do delito, devidamente caracterizadas no procedimento administrativo, proporcionará sustentáculo suficiente em uma eventual Ação Penal, a exemplo do reconhecimento de uma qualificadora, de um privilégio, de uma excludente de ilicitude, entre outras. A finalidade

do inquérito policial é a apuração de fato, que configure infração penal e a respectiva autoria delitiva, para servir de base à ação penal ou às providências cautelares.

Acerca do inquérito policial entende Fernando Capez:

> Caracteriza-se como inquisitivo o procedimento em que as atividades persecutórias concentram-se nas mãos de uma única autoridade, a qual, por isso, prescinde, para a sua atuação, da provocação de quem quer que seja, podendo e devendo agir de ofício, empreendendo, com discricionariedade, as atividades necessárias ao esclarecimento do crime e da sua autoria. É característica oriunda dos princípios da obrigatoriedade e da oficialidade da ação penal. É secreto e escrito, e não se aplicam os princípios do contraditório e da ampla defesa, pois, se não há acusação, não se fala em defesa. Evidenciam a natureza inquisitiva do procedimento o art. 107 do Código de Processo Penal, proibindo arguição de suspeição das autoridades policiais, e o art. 14, que permite à autoridade policial indeferir qualquer diligência requerida pelo ofendido ou indiciado (exceto o exame de corpo de delito, à vista do disposto no art. 184). O único inquérito que admite o contraditório é o instaurado pela polícia federal, a pedido do Ministro da Justiça, visando à expulsão de estrangeiro (Lei n. 6.815/80, art. 70). O contraditório, aliás, neste caso, é obrigatório. Não há mais falar em contraditório em inquérito judicial para apuração de crimes falimentares (art. 106 da antiga Lei de Falências), uma vez que a nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas (Lei n. 11.101/2005) aboliu o inquérito judicial falimentar e, por conseguinte, o contraditório nesse caso.[5]

Deve-se esclarecer que o inquérito policial possui como característica o fato de ser um procedimento discricionário, ou seja, o Delegado de Polícia tem a liberdade de atuação para definir qual é a melhor estratégia para a apuração do delito, podendo indeferir diligências requeridas pelo próprio indiciado ou pela vítima, ressalvando-se o controle jurisdicional,

em caso de irrazoabilidade.

Por outro lado, a discricionariedade do procedimento administrativo é mitigada face às requisições do Ministério Público, eis que é órgão titular da ação penal, para o qual o procedimento informativo serve de base para a formação do seu convencimento, atentando-se que tal prerrogativa é coerente e lógica com o sistema jurídico vigente, com força de obrigatoriedade, a juízo do *Parquet*, que deverá entender que tal requisição é indispensável para a construção do seu convencimento.

Nesse sentido, é o pensamento de Vicente Greco Filho:

> A finalidade investigatória do inquérito cumpre dois objetivos: dar elementos para a formação da *opinio delicti* do órgão acusador, isto é, a convicção do órgão do Ministério Público ou do querelante de que há prova suficiente do crime e da autoria, e dar o embasamento probatório suficiente para que a ação penal tenha justa causa. Para a ação penal, justa causa é o conjunto de elementos probatórios razoáveis sobre a existência do crime e da autoria. (...) O inquérito policial não é nem encerra um juízo de formação de culpa ou de pronúncia, como existe em certos países que adotam, em substituição ao inquérito, uma fase investigatória chamada juizado de instrução, presidida por um juiz que conclui sua atividade com um veredicto de possibilidade, ou não, de ação penal. No sistema brasileiro, o inquérito policial simplesmente investiga, colhe elementos probatórios, cabendo ao acusador apreciá-los no momento de dar início à ação penal e, ao juiz, no momento do recebimento da denúncia ou queixa.[6]

Quanto às garantias do Delegado de Polícia, a Lei 12.830/2013 traz em seus artigos:

> **Art. 2º**. (...)
> § 5º **A remoção do delegado de polícia dar-se-á somente por ato fundamentado**.
> (...)

> **Art. 3º** O cargo de delegado de polícia **é privativo de bacharel** em Direito, **devendo-lhe ser dispensado o mesmo tratamento protocolar** que recebem os **magistrados**, os **membros da Defensoria Pública** e do **Ministério Público** e os **advogados**.

Vislumbra-se que a nova legislação não previu a garantia da inamovibilidade, esta garantida constitucionalmente aos Magistrados e membros do Ministério Público, mas tratou tão somente da não possibilidade de remoção do Delegado de Polícia, de forma infundada, ficando somente adstrita sua remoção, em caso de ato fundamentado da autoridade hierarquicamente superior.

Desta forma, a transferência da Autoridade Policial de uma Delegacia para outra deverá ser feita por meio de ato devidamente fundamentado.

Outrossim, é uma verdadeira inamovibilidade mitigada, ou seja, não possui a força jurídica de garantia constitucional, bem como não prevê a decisão, como atribuição de um órgão colegiado. No entanto, a autoridade policial não será afastada das atividades que está exercendo sem que haja um motivo justificado, confere, assim, maior estabilidade na apuração de crimes, especialmente quando envolve grandes empresas e o Estado.

Ademais, importante destacar que a Lei 12.830/2013 que entrou em vigor na data da sua publicação, qual seja, 20 de junho de 2013, trouxe expressamente a previsão de que o Delegado de Polícia deverá receber o mesmo tratamento protocolar que recebem os membros da Defensoria Pública (Lei Orgânica da Defensoria Pública da União, Lei Complementar 80/94, art. 44, inc. XII.), do Ministério Público (Lei Orgânica do Ministério Público, Lei 8.625, art. 31, inc. I.), os Advogados (Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, Lei 8.906/94, art. 6º, parágrafo único.) e os Magistrados (Lei Orgânica da Magistratura Nacional, Lei Complementar 35/79). Logo, em decorrência do reconhecimento legal a uma isonomia protocolar, como medida de Justiça, a maneira pela qual será redigida as correspondências oficiais que se dirijam à Autoridade Policial passa a ser "Vossa Excelência", "Excelentíssimo Senhor", e suas variações. Tudo fruto da relevante responsabilidade que gravita em torno do exercício das funções do Delegado de Polícia, este que é o primeiro operador do Direito à analisar o fato concreto e realizar à adequação típica.

3. A CONSTITUCIONALIDADE DO TERMO "CONDUÇÃO" PREVISTO NO PARÁGRAFO PRIMEIRO DO ARTIGO SEGUNDO DA LEI 10.830/2013

De modo especial, para a abordagem que se pretende é importante ressaltar que *a priori* a literalidade da redação do §1º do artigo 2º da Lei 12.830/2013 não afeta as atribuições constitucionalmente asseguradas ao Ministério Público, este verdadeiro Titular da Ação Penal Pública. No entanto, é necessário tecer algumas considerações, vejamos o dispositivo legal:

> **Art. 1º** Esta Lei dispõe sobre a investigação criminal **conduzida** pelo delegado de polícia.
> **Art. 2º** As funções de polícia judiciária e a **apuração de infrações penais** exercidas pelo delegado de polícia são de natureza jurídica, essenciais e exclusivas de Estado.
> **§ 1º** Ao delegado de polícia, na qualidade de autoridade policial, cabe **a condução da investigação criminal** por meio de inquérito policial ou outro procedimento previsto em lei, que tem como objetivo a apuração das circunstâncias, da materialidade e da autoria das infrações penais. (negritei)[7]

Observando o papel determinante do Ministério Público e a redação do artigo 144, § 1º, inciso I, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, no qual assegura tão somente à Autoridade Policial "apurar infrações penais" e não à "condução" da investigação criminal. Desta forma, mister se faz diferenciar os termos utilizados na Lei, uma vez que apurar, no intuito de examinar minuciosamente os fatos, averiguando-os é tarefa essencial do Delegado de Polícia, sendo diferente, de incumbi-lo, exclusivamente da condução da investigação criminal, considerando que tal exercício é uma atividade conjunta, entre a Autoridade Policial responsável pela coleta das informações, quanto à autoria e materialidade do crime, e, o Ministério Público, este que realizará a apreciação de tais informações, com a finalidade de ingressar com a ação penal.

Com efeito, o que a nossa Carta Política de 1988 enfatizou, em

verdade, foi a necessidade de cooperação entre Delegados e membros do Ministério Público, eis que o Promotor de Justiça, na medida em que, avalia a necessidade de diligências para formar seu convencimento, tem ele a palavra final acerca da necessidade ou não de requisitar diligências investigatórias, da instauração de inquérito policial e de oferecer à denúncia.

Contudo, em face do disposto no artigo 129, VIII, c/c art. 144, § 1º, inciso I, da Constituição Federal de 1988, é discutível a constitucionalidade da redação do art. 1º e 2º, §1º, da Lei nº 12.830/2013, na maneira pela qual, enseja o entendimento de que a condução da investigação criminal ficará a cargo somente do Delegado de Polícia no momento em que menciona os termos "conduzir" e "apurar", o que, em essência, vai de encontro ao que dispõe a nossa Carta Magna.

Para consubstanciar tal entendimento, houve veto ao §3º do artigo 2º da Lei 12.830/2013 que dizia:

> **§ 3º do art. 2º**
> **§ 3º** O delegado de polícia conduzirá a investigação criminal de acordo com seu livre convencimento técnico-jurídico, com isenção e imparcialidade**.**
> **Razões do veto**
> Da forma como o dispositivo foi redigido, a referência ao convencimento técnico-jurídico poderia sugerir um conflito com as atribuições investigativas de outras instituições, previstas na Constituição Federal e no Código de Processo Penal. Desta forma, é preciso buscar uma solução redacional que assegure as prerrogativas funcionais dos delegados de polícias e a convivência harmoniosa entre as instituições responsáveis pela persecução penal
> Essas, Senhor Presidente, as razões que me levaram a vetar o dispositivo acima mencionado do projeto em causa, as quais ora submeto à elevada apreciação dos Senhores Membros do Congresso Nacional.

Assim, a possibilidade do Delegado de Polícia conduzir a investigação criminal conforme seu livre convencimento técnico-jurídico, permitiria a transformação da requisição realizada pelo Ministério Público em mero

requerimento, sem teor obrigatório, fato que contraria flagrantemente a Constituição Federal de 1988 e ensejaria diversos conflitos de atribuições investigativas previstas em lei.

A jurisprudência e a doutrina entendem de forma pacífica, que não existe discricionariedade da Autoridade Policial na condução do Inquérito Policial, de forma específica no que concerne às requisições perpetradas pelo Ministério Público, não podendo aquele se recusar a cumprir a requisição ministerial, salvo em caso de flagrante ilegalidade. Cumpre-me esclarecer que essa não era a intenção do texto original do vetado §3º do art. 2º da Lei 12.830/2013, cujo propósito era reafirmar a tese elencada na rejeitada PEC 37, de que a investigação criminal é atribuição da Polícia, sob a condução da Autoridade Policial.

4. DO PODER DE REQUISIÇÃO DO DELEGADO DE POLÍCIA E OUTRAS ATRIBUIÇÕES

A lei em estudo traz no seu art. 2º, §2º, importante previsão legal, nos seguintes termos: "Durante a investigação criminal, cabe ao delegado de polícia a requisição de perícia, informações, documentos e dados que interessem à apuração dos fatos." Desta forma, a legislação objetiva propiciar ao delegado de polícia, na realização da atividade investigatória, acesso a todos os meios legais de coleta de provas.

Tendo em vista a época em que entrou em vigor o nosso Código de Processo Penal, este traz um rol, frise-se exemplificativo, de diligências investigatórias que podem ser determinadas pela autoridade policial, especialmente nos seus artigos 6º e 7º, do referido diploma legal, o qual se encontra desatualizado, considerando o momento atual, o qual é complexo, em face das novas formas de crimes, aliada a intensa evolução da sociedade.

Nesse contexto, com a previsão expressa do poder de requisição, poderá à autoridade policial requisitar imagens de sistema interno ou externo de câmeras de segurança dos estabelecimentos público ou privado, dados de agentes, contratos ou cheques, dos órgãos da Justiça Eleitoral, de provedores de internet, de administradoras de cartão de crédito, dentre outras provas, indispensáveis à apuração da autoria e da materialidade.

Além disso, destaca-se a nova redação do art. 17-B, da Lei 9.613/98, *in verbis*:

> Art. 17-B. **A autoridade policial** e o Ministério Público **terão acesso, exclusivamente, aos dados cadastrais do investigado que informam qualificação pessoal, filiação e endereço, independentemente de autorização judicial**, mantidos pela Justiça Eleitoral, pelas empresas telefônicas, pelas instituições financeiras, pelos provedores de internet e pelas administradoras de cartão de crédito. (Incluído pela Lei nº 12.683, de 2012).[8]

Leciona Renato Brasileiro de Lima em relação ao supracitado artigo:

> este dispositivo pode ser invocado para a apuração de qualquer delito, especialmente as infrações penais antecedentes. Não teve o legislador a intenção de limitar seu escopo à lavagem de capitais e nem teria razão para fazê-lo, já que o tipo penal de branqueamento depende de uma infração independente.[9]

Pois bem. É necessário que para o exercício da atividade investigatória o delegado de polícia, possa, diretamente, requisitar quaisquer provas, necessárias, excetuando os casos reservados à apreciação do magistrado, a exemplo de quebra de sigilo bancário e fiscal, interceptação telefônica e busca e apreensão. Neste diapasão, o novo texto legal reafirma o entendimento já pacificado na jurisprudência e na doutrina, no sentido de dar maior celeridade e autonomia à autoridade policial na condução do inquérito, por meio da amplitude na requisição de provas, sem afastar, desse modo, a hipótese da prerrogativa constitucional, concedida ao Ministério Público, de requisitar diligências investigatórias, nos termos do art. 129, VIII, da CRFB/1988.

Ademais, com a finalidade de reduzir a influência política na atividade investigatória da polícia, o §4º do art. 2º da Lei 12.830/2013, dispõe:

> **Art. 2º** As funções de polícia judiciária e a **apuração de infrações penais** exercidas pelo delegado de polícia são de natureza jurídica, essenciais e exclusivas de Estado.

> **§ 4º** O inquérito policial ou outro procedimento previsto em lei em curso **somente poderá ser avocado ou redistribuído por superior hierárquico, mediante despacho fundamentado, por motivo de interesse público** ou nas hipóteses de inobservância dos procedimentos previstos em regulamento da corporação que prejudique a eficácia da investigação.

Desta forma, tal disposição legal impede que a autoridade policial seja afastada de uma determinada investigação sem fundamento plausível para tanto. Fato este que, infelizmente, ocorre em muitas delegacias de polícia e que prejudica de forma muito grave o andamento dos trabalhos de investigação criminal, em virtude do eventual atendimento a interesses estranhos à Administração Pública.

Contudo, ocorrerá a **redistribuição**, frente ao remanejamento dos procedimentos administrativos policiais por meio do superior hierárquico (pessoa definida pela lei orgânica de cada polícia e nos termos dos demais atos normativos internos), para delegados de polícia com a mesma hierarquia e competência, a fim de conduzir tal procedimento. Já a **avocação**, desde que fundamentada, não viola a Constituição Federal de 1988, é decorrência do Poder hierárquico, o qual é característico da estrutura policial, por meio da qual o superior hierárquico retira o Delegado da condução do Inquérito Policial ou Termo Circunstanciado e passa ele próprio a dirigir o procedimento de investigação criminal. Em verdade ocorre uma subtração de parte da competência atribuída originariamente ao seu subordinado.

É surpreendente o alcance que se dá com a exigência de fundamentação, ensejando agilidade, qualidade e imparcialidade no exercício das funções inerentes ao Delegado de Polícia, este que não terá terceiras intercessões na condução de sua investigação, garantindo, assim, maior segurança jurídica.

Por fim, quando se trata de avocação ou redistribuição do inquérito policial, mesmo já havendo previsão nesse sentido em relação aos processos administrativos (Lei 9.784/99), o § 4º do art. 2º da Lei 12.830/2013, é harmônico com as disposições do art. 50 da Lei 9.784/99, no qual o superior hierárquico somente poderá proceder no sentido de avocar ou redistribuir, em caráter excepcional e por motivos de relevância,

com a devida justificação. Ressalta-se que, nesse caso, a qualquer tempo, os autos do procedimento administrativo, poderão sofrer fiscalização por parte do Poder Judiciário e do Ministério Público.

5. DO INDICIAMENTO FUNDAMENTADO COMO ATO PRIVATIVO DO DELEGADO DE POLÍCIA

O indiciamento privativo é prerrogativa e atribuição da Autoridade Policial, a qual deverá promovê-lo de forma essencialmente fundamentada, indicando a materialidade, autoria e circunstâncias do delito, com a devida apreciação técnico-jurídica do fato, conforme previsão do §6º do art. 2º da Lei 12.830/2013, *in verbis*:

> **Art. 2º** As **funções de polícia judiciária** e a **apuração de infrações penais** exercidas pelo delegado de polícia são de natureza jurídica, essenciais e exclusivas de Estado.
> **§ 6º O indiciamento, privativo do delegado de polícia, dar-se-á por ato fundamentado, mediante análise técnico-jurídica do fato, que deverá indicar a autoria, materialidade e suas circunstâncias.**

O novo diploma legal ao tratar do indiciamento como ato privativo e exclusivo da autoridade policial encerrou de uma vez por todas com a chamada requisição de indiciamento, ou seja, é vedado ao Magistrado ou Promotor de Justiça exigir, por meio da requisição, que alguém seja indiciado pelo delegado de polícia.

Logo, em relação a autoria ou participação delitiva, se posiciona o ilustre doutrinador Eugênio Pacelli: "*indiciamento é ato de convencimento pessoal da autoridade investigante*"[10], o professor Guilherme de Souza Nucci entende que: "*não cabe ao promotor ou ao juiz exigir, através de requisição, que alguém seja indiciado pela autoridade policial, porque seria o mesmo que demandar a força que o presidente do inquérito conclua ser aquele o autor do delito*"[11].

Outrossim, nas hipóteses em que houver conflito relativo ao indiciamento do suspeito pela autoridade policial e pelo Ministério Público, é possível que o membro do *Parquet* denuncie qualquer suspeito

envolvido na investigação criminal, competindo-lhe, requisitar do Delegado de Polícia, a identificação criminal e o relatório acerca da vida pregressa do indiciado[12].

Nesse sentido, o ponto essencial e que merece destaque é no que concerne à determinação de motivação pelo Delegado de Polícia no ato do indiciamento realizado por meio de despacho fundamentado, com base nos elementos probatórios reunidos na investigação criminal.

Leciona o eminente doutrinador Renato Brasileiro de Lima:

> O indiciamento é o ato resultante das investigações policiais por meio do qual alguém é apontado como provável autor de um fato delituoso. Cuida-se, pois, de ato privativo da autoridade policial que, para tanto, deverá fundamentar-se em elementos de informação que ministrem certeza quanto à materialidade e indícios razoáveis de autoria.[13]

Ademais, o ato do indiciamento é de extrema importância e pode gerar consequências drásticas para os envolvidos na investigação criminal. Podemos exemplificar os casos em que ocorre o indiciamento de servidor público, quando este é afastado de suas funções, em razão do indiciamento por crime previsto na Lei de Lavagem de Capitais, nos termos do art. 17-D, da Lei 9.613/1998, com as alterações da Lei 12.683/2012[14].

Desta forma, ao se exigir, de forma expressa, que o ato de indiciamento seja motivado, caracterizou uma grande evolução no tratamento do tema, uma vez que o indiciamento criminal gera constrangimento e pode ocasionar sérias consequências na vida do indiciado, sendo pertinente e primordial a exigência de motivação, eis que exige juízo de valor, a ser exercitado pelo Delegado de Polícia.

6. CONCLUSÃO

Em linhas gerais, constata-se significativa evolução normativa a partir da edição da Lei 12.830/2013, de modo, que o presente trabalho foi desenvolvido visando não esgotar temas tão complexos, eis que se alteram em cada nova situação e, das mais variadas formas possíveis, mas objetivamos enfatizar de forma técnica, as causalidades mais habituais que giram em torno da investigação criminal realizada pelo delegado de

polícia, nos moldes da nova legislação.

Salientou-se que o novo diploma legal trouxe requisitos e prerrogativas para a carreira de Delegado de Polícia, com aspectos relacionados à atuação da autoridade policial na investigação. Fruto da Lei nº 12.830/2013, esta que disciplina, portanto, matéria concernente ao Direito Processual Penal.

Observa-se que relevantes e grandes avanços foram atingidos com a Lei nº 12.830/2013, no que tange à atuação do delegado de polícia, no exercício das atividades de polícia judiciária; na condução do procedimento administrativo; do indiciamento motivado e privativo; do poder de requisição; da inamovibilidade mitigada; do tratamento protocolar, entre diversos outros pontos, que destacamos como cruciais para o estudo da investigação criminal.

Por fim, as minúcias dos diversos institutos preceituados na lei foram aqui abordadas como forma de contextualizar o operador do Direito com as consequências jurídicas desta inovação legislativa, assim, o presente artigo não tem a finalidade de exaurir o assunto ou de apresentar solução imediata no plano teórico ou prático em torno deste fascinante tema. Por outro lado, objetiva-se tão somente contribuir para novas discussões, instigando o pensamento e o debate crítico. Por óbvio, os desenrolares fáticos ainda são fonte de penumbra, por força da prematuridade da norma.

A CRIMINAL INVESTIGATION UNDER THE LAW 12.830/2013

ABSTRACT: This article aims to study aspects of criminal investigation, similar to the novel Law n. º 12.830/2013, and the way it is conducted by Police sculptured to the principles in the Constitution of the Federative Republic of Brazil 1988. Moreover, the important legislative innovation, highlights the legal nature of the functions of the judicial police, which is essential and unique to the state and its way of conducting the criminal investigation conducted by Police, of the power of requisition, the indictment based and other assignments and important assurances to the police authority. The present study, in that respect, contributes an analysis of an extremely controversial and widely discussed in the legal world, and presents a critical view about some points of this legislation, given its importance in the theoretical and practical criminal investigation.

KEYWORDS: Research. Law 12.830/2013. Delegate. Request.

Notas

[1] BONFIM, Edílson Mougenot Bonfim. *Curso de Processo Penal*. Ed. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.132.
[2] BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br. Acesso em 31 de outubro de 2013.
[3] LIMA, Renato Brasileiro de. *Curso de Processo Penal*. Niterói: Impetus, 2013, p. 75.
[4] *Idem. Ibidem.*
[5] CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. Ed. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 115.
[6] FILHO, Vicente Greco. *Manual de Processo Penal*. Ed. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 93.
[7] BRASIL. *Lei 12.830/2013*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br. Acesso em 31 de outubro de 2013.
[8] BRASIL. *Lei 9.613/98*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br. Acesso em 31 de outubro de 2013.
[9] LIMA, Renato Brasileiro de. *Curso de Processo Penal*. Niterói: Impetus, 2013, p. 728.
[10] PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. Ed. 17. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013, p. 63.
[11] NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. Ed. 10. ed. São Paulo: RT, 2013, p.170.
[12] Idem. Ibidem.
[13] LIMA, Renato Brasileiro de. *Curso de Processo Penal*. Niterói: Impetus, 2013, p. 111.
[14] BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pirpaolo Cruz. *Lavagem de Dinheiro*: aspectos penais e processuais penais – comentários à lei 9.613/1998, com as alterações da lei 12.683/2012. São Paulo: RT, 2012.

REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pirpaolo Cruz. *Lavagem de Dinheiro*: aspectos penais e processuais penais – comentários à lei 9.613/1998, com as alterações da lei 12.683/2012. São Paulo: RT, 2012.
BONFIM, Edílson Mougenot Bonfim. *Curso de Processo Penal.* 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
BRENE, Cleyson; LÉPORE, Paulo. *Manual do Delegado de Polícia Civil*: Teoria e Prática. Salvador: Juspodivm, 2013.
CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
FILHO, Vicente Greco. *Manual de Processo Penal.* 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.
LIMA, Renato Brasileiro de. *Curso de Processo Penal.* Niterói: Impetus, 2013.
NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal.* 10. ed. São Paulo: RT, 2013.

PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal.* 17. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013.
SÉRGIO, Mário Sobrinho. *A identificação criminal.* São Paulo: RT, 2003.
TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de Direito Processual Penal.* 8. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2013.

EXPECTATIVA DE DIREITO E CONFIANÇA LEGÍTIMA: UMA LEITURA PÓS-POSITIVISTA

Andréa Lúcia de Araújo Cavalcanti Ormond*

RESUMO: Na qualidade de ciência social, o Direito atravessa mutações contínuas. Este processo irrefreável é oriundo de mudanças nos costumes e de mudanças nos paradigmas filosóficos, técnicos, científicos. Desde a Segunda Grande Guerra, o Pós-positivismo estabelece uma abordagem axiológica, voltada para os valores e para o papel do intérprete constitucional. O presente estudo analisa a expectativa de direito e a confiança legítima, sob o referido viés pós-positivista. Em assim sendo, analisam-se os princípios da boa-fé, da solidariedade e da segurança jurídicas. Demais disto, suas repercussões em âmbito público e em âmbito privado. Ao cabo do artigo, a coletânea jurisprudencial oferece um panorama da matéria nas lides do cotidiano. Por todo o exposto, conclui-se que o Pós-positivismo opera uma hermenêutica revigorada. Privilegia a complexidade das situações jurídicas e existenciais, ao invés de defender tão somente o texto da lei.

PALAVRAS-CHAVE: Expectativa de direito. Confiança legítima. Pós-positivismo. Direito constitucional.

> *O direito é o conjunto de condições que permitem à liberdade de cada um acomodar-se à liberdade de todos.*
>
> Immanuel Kant

1. INTRODUÇÃO

É corrente afirmar-se que "o direito de um termina ao começar o direito de outrem". Trata-se de um truísmo, aceito intuitivamente. Muito

* Analista judiciária do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região. Ex-advogada parecerista da Companhia Paulista de Trens Metropolitanos. Especialista em Direito Administrativo pela Universidade Cândido Mendes (UCAM-RJ). Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-RJ). Graduada em Letras pela mesma Universidade.

embora seja verdade, é necessário dotar de concretude essa verdade. Ou seja, faz-se necessário colocar o respeito pelo outro como um comando normativo, um **dever-ser** concretizado no plano da efetividade jurídica.

Eis o vaticínio kantiano, que sopra aos ouvidos da filosofia jurídica: respeitar a outrem como a si mesmo. A liberdade individual tanto pode ser remédio quanto veneno. E conhecer a exata medida entre pólos tão díspares – o remédio e o veneno – é tarefa hercúlea. Sobretudo no campo do direito, em que vige a conhecida tríade do fato-valor-norma.

O presente estudo investiga o princípio da confiança e a sua irradiação no instituto da expectativa de direito. Consoante o magistério da doutrina e da jurisprudência contemporâneas, o ordenamento resguarda os interesses da boa-fé. Resguarda os interesses de indivíduos com expectativas legítimas, fundadas nas atitudes de terceiros – sejam estes privados ou estatais.

Em assim sendo, o terceiro não pode se desvencilhar, a seu bel-prazer, do comportamento que adota reiteradamente. *Nemo potest venire contra factum proprium*: o antigo brocardo torna-se pleno no direito hodierno.

Para trilhar esse caminho, o intérprete haverá de compreender o ordenamento como um todo complexo. Deverá manter os olhos voltados para o modo fundamental – *i. e.*, a Constituição – e para os valores que nele são consagrados.

No Pós-positivismo, o intérprete investiga as crises dos contratos. Analisa as mudanças nos paradigmas jurídicos, filosóficos, científicos. Elas nada mais são do que frutos das crises existenciais dos próprios receptários das normas: as partes humanas. Afinal, a pessoa humana é a fonte primeira dos comandos jurídicos, *urbi et orbi*.

Ao abandonar o ideário positivista, os contratos receberam outras abordagens, alheias à crença da infalibilidade das leis e à crença da autodeterminação contratual. Neste sentido, convém recordar: liberdade tanto pode ser remédio quanto veneno. Autodeterminação existe. Porém, *cum grano salis*.

O presente estudo delineará, primeiramente, as premissas pós-positivistas que servem de fundo para a tutela da confiança (Capítulo 2). Em seguida, distinguir-se-ão os caracteres da expectativa de direito, do direito adquirido e do direito consumado: institutos que não se confundem (Capítulo 3). Estando compreendido o conceito da expectativa de direito, o princípio da confiança surge como mecanismo

de extrema valia (Capítulo 4). Por derradeiro, o repertório jurisprudencial confirma a nova exegese da expectativa de direito e o seu imbricamento com os misteres da confiança (Capítulo 5).

Como consequência direta, tem-se a inevitável conclusão que a segurança jurídica ampara todo aquele que, na vida contratual, pactua deveres e direitos. Deveres e direitos de diversas espécies. À medida em que o mundo extrajurídico tornou-se mais e mais complexo, as roupagens jurídicas também sofisticaram-se, em igual maneira. Estabeleceram-se novas premissas de fundo, para os novos tempos.

2. PÓS-POSITIVISMO: PREMISSAS DE FUNDO

Terminado o julgamento de Nuremberg (1945), os membros do Tribunal Militar Internacional encaravam a mais dura das missões. Encaravam o substrato humano. Isto porque os acusados – inobstante as atrocidades – eram seres de carne e osso, tanto quanto os acusadores. Difícil crer que ambos pudessem compartilhar a mesma espécie: a humana.

O rastro de destruição da Segunda Grande Guerra não varou apenas as paredes da Corte, nem tão somente os advogados, promotores, jornalistas e demais presentes. A destruição espalhou-se pelos quatro cantos do globo e determinou, lenta e incoercivelmente, uma nova coleção de paradigmas.

Alterações nos hábitos, nas certezas, nas esperanças. Como demonstrar aos jurisdicionados nacionais e aos pares estrangeiros que haveria um futuro? Como rever conceitos e garantir a respeitabilidade das normas fundamentais? A revolução no universo jurídico foi de extremíssima monta e demarcou um ponto sem volta.

A cada libelo no Tribunal, ouvia-se o contra-argumento de que os acusados apenas cumpriram "estrito dever legal". É de se trazer à baila o excerto de Robert H. Jackson, promotor diante da cúpula hitlerista. Jackson elevou o papel dos valores éticos e morais. Deu-lhes força normativa.

> *We charge guilt on planned and intended conduct that involves moral as well as legal wrong. And we do not mean conduct that is a natural and human, even if illegal, cutting of corners, such as many of us might well have committed had we been in the defendants'*

> *positions. It is not because they yielded to the normal frailties of human beings that we accuse them. It is their abnormal and inhuman conduct which brings them to this bar.*[1]

Como visto, o dever legal obedece a deveres maiores. O encastelamento do Direito na **lei** – considerada, aqui, como norma fria e sem vínculos sociais – traz problemas gritantes. Abre espaço para a corrupção entre a base (o ente humano) e o fim (a composição do conflito).

Todavia, há de se ressaltar que o positivismo – a escola que buscou a lei enquanto **dogma** – surgiu em momento anterior a 1945. E surgiu exatamente como contenção a abusos contra o homem.

Em escala ocidental, pode-se dizer que os efeitos da Revolução Francesa e da Revolução Americana desaguaram na necessidade de se resguardar a ordem jurídica. Após a euforia libertária, o liberalismo impôs-se e refreou o ânimo subversivo. A lei cristalizou-se como instrumento de previsibilidade, estabilidade e rigor científico. Consultemos as luzes do Ministro Luís Roberto Barroso.

> O positivismo tornou-se, nas primeiras décadas do século XX, a filosofia dos juristas. A teoria jurídica empenhava-se no desenvolvimento de ideias e de conceitos dogmáticos, em busca da cientificidade anunciada. O Direito reduzia-se ao conjunto de normas em vigor, considerava-se um sistema perfeito e, como todo dogma, não precisava de qualquer justificação além da própria existência. Com o tempo, o positivismo sujeitou-se à crítica crescente e severa, vinda de diversas procedências, até sofrer dramática derrota histórica. A troca do ideal racionalista de justiça pela ambição positivista de certeza jurídica custou caro à humanidade (BARROSO, 2013, p. 320).

Dos estados medievais ao Estado contemporâneo, o Ocidente conheceu, dentre outros, o Estado nacional. Neste, partia-se de direitos preexistentes ao próprio Estado: haveria uma lei ditada por Deus ("*the king can do no wrong*") ou pela razão (iluminista). Tais premissas temperar-se-iam depois, sob o pulso forte do Estado positivista. No

raiar do século XX, o Estado positivista estabeleceu um sistema de indubitável legalidade. Impôs à doutrina o papel descritivo das normas e, à jurisprudência, o papel de estrito conhecimento e aplicação do Direito. Em obra magna, Norberto Bobbio discorre sobre o tema.

> O positivismo jurídico representa, portanto, o estudo do direito como *fato*, não como *valor*: na definição do direito deve ser excluída toda qualificação que seja fundada num juízo de valor e que comporte a distinção do próprio direito em bom e mau, justo e injusto (BOBBIO, p. 1999, 136. Grifos no original).

Ao revés, as escolas do **neoconstitucionalismo** propugnam uma esfera maior de subjetividade para o intérprete constitucional. Vão daí os conceitos jurídicos indeterminados, as cláusulas gerais, os enunciados normativos, os princípios. Todos de amplitude semântica, oriundos da pluralidade e da complexidade das relações no século XXI – e que se tornaram exponenciais desde o século passado. Vale dizer: o pós-positivismo é filho da ressaca moral e do choque existencial experimentados desde o término da Segunda Grande Guerra.

Necessário esclarecer, portanto, que para o direito contemporâneo nem sempre o mecanismo de subsunção do fato à norma é infalível. Há situações-limite – *e. g.*, o choque entre normas constitucionais –, em que a atuação jurídica revolverá outras instâncias: linguísticas, psicanalíticas, sociológicas.

O foco está no valor, na atribuição de sentido para a norma. Está no amparo ao ente humano. A justiça poderá inclusive residir fora da própria norma. E esta, por sua vez, não estará necessariamente inválida[2]. Isto se dá pelo fato de que não cabem dentro da norma todos os sonhos do mundo, nem todas as assertivas possíveis para conduzir à paz social.

A convivência humana é multifacetada e, via de regra, contemplamos um poliedro, a ser considerado sob os seus diversos ângulos.

Em assim sendo, deve-se tomar "a clareza do texto como um *posterious* não como um *prius*", diria Pietro Perlingieri[3]. No ambiente pós-positivista, o método **participativo** revela-se fundamental. A interação entre o intérprete, a sociedade e a norma é um aspecto-chave.

> Da letra de uma disposição normativa, de fato, não é possível decidir sobre a sua natureza: esta é um *posterius* da interpretação e não se reduz a um fato quantitativo, mas representa uma valoração qualitativa relativamente à dinâmica do ordenamento (PERLINGIERI, 2007, p. 75).

Em sintéticos termos, ei-nos diante de uma guinada jusfilosófica: o valor se sobrepõe à letra da lei.

Em meio aos valores de nosso ordenamento, encontramos o respeito ao próximo, a **solidariedade** (CF, art. 3, I). Tal valor é corporificado no princípio da **confiança**. Assim o é, e com tal potência, que o princípio da confiança chega até mesmo a proteger hipóteses de expectativa de direito – e não apenas as hipóteses de direito adquirido e de direito consumado. Trata-se de uma revisão no estudo clássico dos regimes intertemporais.

3. EXPECTATIVA DE DIREITO, DIREITO ADQUIRIDO E DIREITO CONSUMADO

Para nos aproximarmos do instituto da expectativa de direito, cabe breve exposição acerca de dois outros que o rodeiam: o direito adquirido e o direito consumado. Os três referem-se a questões intertemporais e à posição jurídica da parte diante de lei nova.

Na trajetória do direito constitucional brasileiro, a diretriz de **irretroatividade da lei** é perseguida "desde a Constituição do Império, de 1824, até a Constituição Federal de 1988, todas ditando, com exceção da Carta de 1937, a regra"[4].

Neste tocante, indagações maiores não há, posto que claríssima a intenção dos constituintes originários. A lei nova não retroage seus efeitos a situação pretérita.

Projetando-se uma **cosmovisão** acerca do tema, podemos afirmar que existe um norte. Um norte compartilhado pelos sucessivos constituintes originários no Estado brasileiro. Colocaram um freio para a atuação dos poderes políticos.

Não à toa, foi exatamente a Constituição outorgada de 1937 que optou por não positivar a regra. Optou por um silêncio categórico e, bem assim, pleno de significados. Vale dizer: até o advento da Carta republicana de 1946, o Estado brasileiro atuou na contramão da democracia. Submeteu

os seus jurisdicionados a um sistema de retroatividade da lei.

Outros diplomas totalitários adotaram discursos sutis, quando comparados à Constituição varguista. A Carta de 1967 e a Emenda Constitucional nº 1/69 receberam as bênçãos de um regime de força, mas positivaram a irretroatividade.

Donde conclui-se que, no plano lexical, a Carta de 1967 e a EC nº 1/69 gozaram de delicadeza. No plano material, gozaram do inverso. Vigiam os anos de chumbo do governo militar e apenas em 1988, o panorama democrático seria restaurado. Não por outra, na Carta de 1988 encontramos uma vez mais a cláusula da irretroatividade (CF, art. 5º, XXXVI). Desta feita, o comando está inserido no contexto constitucional de respeito às instituições republicanas e democráticas.

A partir da contraposição entre Constituições **promulgadas** e Constituições **outorgadas**, percebemos que a irretroatividade da lei é uma fórmula de contenção para o arbítrio estatal.

Casos há em que o Estado adota um discurso pacificador – como em 1967 e na EC nº 01/69. No entanto, a **concreta** aplicação da regra – e não apenas a sua positivação em uma **lassaniana** folha de papel – obedece a um princípio basal: a segurança jurídica. Do contrário, estaríamos diante de uma contradição. O saudoso professor Caio Mário da Silva Pereira já asseverava:

> […] o efeito retroativo da lei encontra repulsa na consciência, além de traduzir, como diz bem Ferrara, **uma contradição do Estado consigo mesmo, pois que as relações e direitos que se fundam sob sua garantia e proteção de suas leis não podem ser arbitrariamente destituídas de eficácia** (PEREIRA, 2006, p. 141. Grifou-se).

Temos, portanto, um ponto pacífico: a irretroatividade da lei. Avancemos, agora, para a etapa em que granjeiam as maiores divergências.

Na tradição do direito civil, encontramos o embate entre expectativa de direito, direito adquirido e direito consumado. Não é o escopo deste artigo delinear todas as nuances das inúmeras escolas que voltaram suas atenções para a referida problemática. Basta, em breve exposição, elencar as características das teorias subjetivistas e das teorias objetivistas. A dualidade de entendimentos fornece-nos a compreensão global do fenômeno.

No rol das **teorias subjetivistas**, Savigny enumerou três categorias: direito adquirido, expectativa de direito e faculdades jurídicas abstratas. A estratégia deixou uma abertura considerável. A lei retroagiria em situações abstratas, que se referissem à existência ou à não-existência de direitos. Gabba, em perfunctória análise, esmiuçou detalhes da abordagem subjetivista, sintetizados por Caio Mário no excerto abaixo.

> Não se confunde com direito *adquirido* o direito totalmente *consumado*, pois que este já produziu todos os seus efeitos, enquanto que o direito adquirido continua tal, muito embora venha a gerar consequências posteriormente ao tempo em que tem eficácia a lei modificadora.
> […] Enquanto o *direito adquirido* é a consequência de um fato aquisitivo que se realizou por inteiro, a *expectativa de direito*, que traduz uma simples esperança, resulta de um *fato aquisitivo incompleto*. (PEREIRA, 2006, p. 149. Grifos no original).

Percebemos, pois, que para Gabba a distinção entre a expectativa do direito e o direito adquirido residiria no **fato aquisitivo**. Residiria no ingresso ou não daquele direito no patrimônio do titular, conforme o fato tivesse ou não tivesse se desenrolado por completo. Esta é a doutrina clássica do direito adquirido.

Todavia, a questão aumentava em indagações ao se considerar os **fatos aquisitivos complexos**. De tal sorte, as **teorias objetivistas** aproximaram-se da questão a partir das situações jurídicas criadas pela lei, e não a partir dos direitos subjetivos propriamente ditos.

Dentre os doutos que se dedicaram ao tema, Paul Roubier distinguiu uma fase dinâmica e uma fase estática na situação jurídica. Na **fase dinâmica**, encontram-se a constituição ou a extinção daquela situação. Na **fase estática**, encontra-se a produção dos efeitos.

A propósito da fase dinâmica, "a lei nova *pode*, sem retroatividade, atingir aquelas situações em curso, criar condições novas, modificar ou anular, para o futuro, os efeitos ainda não produzidos pelos elementos anteriores"[5]. Na fase estática, estando os efeitos produzidos, não encontramos mistérios. Há, porém, um detalhe crucial, que se refere exatamente aos fatos aquisitivos complexos.

> Mas, se os efeitos se prolongam no tempo, e a lei nova os encontra já em parte produzidos sob a lei velha, e em parte a produzir ainda, a regra geral é esta: *a lei que governa os efeitos de uma situação jurídica não pode, sem retroatividade, atingir os efeitos já produzidos sob a lei anterior* (Id. Ibid., p. 157. Grifos no original).

A atual LINDB (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), antiga LICC (Lei de Introdução ao Código Civil), adota a linha subjetivista no artigo 6º – redação da Lei nº 3.238/57. "A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada". Percebe-se, pois, o respeito pelo direito adquirido, pelo ato jurídico perfeito (direito consumado) e pela coisa julgada.

De outro turno, a redação original do artigo possuía uma ênfase objetivista. Grifamos: "A lei em vigor terá efeito imediato e geral. Não atingirá, entretanto, salvo disposição expressa em contrário, as **situações jurídicas definitivamente constituídas** e a execução do ato jurídico perfeito".

Perfazendo uma síntese dialética entre a teoria subjetivista e a teoria objetivista, há, de toda forma, o respeito pela segurança jurídica. A Carta de 1988 é explícita em tal sentido e estabelece o comando (CF, art. 5º, XXXVI). Trata-se de tema ligado diretamente com os poderes constitucionalmente constituídos (v. supra). Consequentemente, a aquisição do fato jurídico ou a expectativa de seu ingresso no patrimônio do titular estão amparadas pelo ordenamento. Veremos, a seguir, como o princípio da confiança opera nesse campo normativo.

4. CONFIANÇA LEGÍTIMA NO ÂMBITO DA EXPECTATIVA DE DIREITO

Se a segurança jurídica é um norte do ordenamento brasileiro, a busca de diretrizes axiológicas é um norte da hermenêutica contemporânea.

Através do desenvolvimento da doutrina pós-positivista, a ordem constitucional e a ordem infralegal aprofundaram a tutela dos interesses de boa-fé. A tutela ocorre até mesmo quando o texto positivado é silente para a regulação de relações jurídicas. Caberá ao intérprete colmatar lacunas.

É de conhecimento geral que o *Code Napoléon* de 1804 privilegiou

o homem- proprietário. Além do dogma da legalidade, a segurança no Direito estava adstrita à autodeterminação das partes e à vinculação ao instrumento contratual.

Com o incremento das relações negociais, as situações-base multiplicaram-se exponencialmente. Nenhum legislador poderia prever, no século XIX, a expansão tecnológica da maneira com que se deu. Não poderia prever que, no seu bojo, surgiriam figuras como o direito consumerista ou o direito ambiental.

Em suma, a propalada onisciência do legislador caiu por terra diante das novas ondas políticas e sociais. Caiu por terra diante das gerações de direitos que se seguiram e eram imperscrutáveis para a humanidade de tempo tão remoto. A figura da responsabilidade objetiva é exemplo da alteração do referido ideário jurídico.

> Logo os juristas perceberam que a teoria subjetiva não mais era suficiente para atender a essa transformação social ocorrida [...]; constataram que, se a vítima tivesse que provar a culpa do causador do dano, em numerosíssimos casos ficaria sem indenização, ao desamparo, dando causa a outros problemas sociais, porquanto, para quem vive de seu trabalho, o acidente corporal significa a miséria, impondo-se organizar a reparação (CAVALIERI, 2003, p. 145).

O princípio da confiança adquire extrema centralidade no universo contemporâneo. Para determinados autores, revela-se como uma face indissociável do princípio da segurança[6]. Existe, pois, uma obrigatoriedade de **colaboração** entre as partes. A autonomia da vontade transmutou-se em colaboração. Um contratante pode – e deve – esperar que o ato de outrem seja-lhe razoável e que ambos permaneçam solidários para a consecução do contrato.

> Não é possível, portanto, um discurso unitário sobre a autonomia privada: **a unidade é axiológica, porque unitário é o ordenamento centrado no valor da pessoa, mas é justamente essa conformação do ordenamento que impõe um**

> **tratamento diversificado** para atos e atividades que em modo diferenciado tocam esse valor e regulamentam situações ora existenciais, ora patrimoniais, ora umas e outras juntas (PERLINGIERI, 2007, p. 276-277. Grifou-se).

Do vetusto brocardo *nemo potest venire contra factum proprium*, decompomos primeiramente um elemento: o ***factum proprium***. Por *factum proprium* entenda-se uma conduta humana, um comportamento humano. Este comportamento, *a priori*, não é jurídico, nem vinculante. Ele *torna-se* jurídico e vinculante.

> Torna-se vinculante apenas porque e na medida em que, despertando a confiança de outrem, atrai a incidência do princípio de proibição do comportamento contraditório e impõe ao seu fabricante a conservação do seu sentido objetivo. O *factum proprium* não consiste em ato jurídico, no sentido tradicional; passa a produzir efeitos jurídicos somente por força da necessidade de tutelar a confiança legítima depositada por outrem (SCHREIBER, 2005, p. 127).

O brocardo remete, em essência, à vedação do comportamento contraditório. Para compreendermos esse interdito, precisamos colocar mais elemento na equação. Além do *factum proprium*, vejamos o conceito da **legítima confiança**.

Por "legítima confiança" entenda-se um complemento do *factum proprium*. Ou seja, um amálgama entre atitude de um e a expectativa de outrem. Falamos, portanto, de um estado de confiança. Um estado de confiança que deverá ser aferido **objetivamente**, no caso concreto. Não se indaga, pois, de adesão psíquica, mas sim de adesão concreta. Anderson Schreiber colaciona alguns indícios práticos, que dão margem àquele estado.

> […] servem de indícios gerais não-cumulativos (i) a efetivação de gastos e despesas motivadas pelo *factum proprium*, (ii) a divulgação pública das expectativas depositadas, (iii) a adoção de medidas

> ou a abstenção de atos com base no comportamento inicial, (iv) o grau elevado de sua repercussão no exterior, (v) a ausência de qualquer sugestão de uma futura mudança de comportamento, e assim por diante (Id. Ibid. p. 134).

A **expectativa de direito**, por sua vez, envolve o fenômeno de o fato aquisitivo ter-se iniciado e, inobstante, não haver completado todo o ciclo para produção de efeitos. Logo, o direito não teria ingressado no patrimônio de determinado indivíduo.

Pergunta-se: face ao exposto, poderia a expectativa de direito permanecer de fora da proteção jurídica? Demais disto, a expectativa de direito recebe tratamento diferenciado acaso envolva conteúdo publicístico ou conteúdo privatístico?

4.1. REPERCUSSÕES NO DIREITO PRIVADO

Como sabido, o repertório jurídico alemão encontra-se dentre os de maior peso na experiência ocidental. Esta aura de imanência aumentou com o término da Segunda Grande Guerra. A partir da segunda metade do século XX, fez-se ainda mais necessário dar esperanças aos jurisdicionados. Dar-lhes um rumo para o futuro (v. supra).

Neste sentido, a Lei Fundamental de Bohn (1949) não apenas positivou o princípio da dignidade humana (artigo 1º), como também deu azo a uma nova manifestação do constituinte originário. Aquela espécie de constituinte que é soberano e que, ao mesmo tempo, via-se combalido pelo passado recente.

Alguns exemplos no plano técnico-jurídico: no que se refere ao controle de constitucionalidade, o Tribunal Constitucional Federal influenciou a metodologia de interpretação da Carta Maior[7]. Tomemos nota do comentário do Ministro Luís Roberto Barroso.

> Nos últimos anos, com a retração da Suprema Corte americana, fruto de uma postura mais conservadora e de autocontenção, o Tribunal Constitucional Federal alemão aumentou sua visibilidade e passou a influenciar o pensamento e a prática jurisprudencial de diferentes países

> do mundo. Muitas de suas técnicas de decisão passaram a ser utilizadas por outros tribunais, inclusive pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro (BARROSO, 2013, p. 45).

No plano civilístico, é de se notar que a reviravolta na **teoria dos negócios jurídicos** deve bastante à constitucionalização do direito. Consultemos o excerto de atualização da colossal obra de Pontes de Miranda. Atualização da lavra de Claudia Lima Marques e Bruno Miragem. Através dela, permeiam o direito contemporâneo com a melhor doutrina alemã. Trazem à baila notas sobre o conhecido BGB, o Código Civil alemão.

> Se a teoria geral dos negócios jurídicos, junto com a visão de propriedade, é considerada o coração da Parte Geral dos Códigos Civis atuais (SCHIEMANN, Gottfried. Das Rechtsgeschäft. In: STAUDINGER, J.Von. *Kommentar zum BGB-Eckpfeiler des Zivilrechts*. Munique: Sellier, 2005. p. 38), bate hoje este coração sob o ritmo novo da Constitucionalização do Direito Privado, que contrapõe necessariamente o Princípio da Confiança ao da Autonomia Privada (KÖHLER, Helmut. *BGB-Allgemeiner Teil*. 28.ed. Munique: Beck, 2004. p. 43). Desde 1971, afirma Canaris que não há como negar que, na teoria do negócio jurídico, a confiança tem um papel fundamental ao lado da Autonomia Privada (CANARIS, Claus-Wilhelm. Die Vertrauenhaftung im deutschen Privatrecht. Nova Iorque: Kraus Reprint, 1981. p.412) (MIRANDA, 2012, p. 63).

Verificamos, portanto, uma abordagem pós-positivista. A constitucionalização do direito privado vem imprimindo a tábua axiológica da Carta Maior para a interpretação, exegese e vivência dos atos infraconstitucionais.

Em outras palavras, toda interpretação é uma interpretação constitucional. Não se entende um diploma infraconstitucional – qualquer que seja – sem se manter as premissas da Lei Magna.

Estendendo a discussão ao plano processual, chegamos a *ratio* do atual sistema executivo, previsto no Código de Processo Civil. É da órbita de um Estado Constitucional a proteção ao indivíduo, a proteção a seus direitos fundamentais. Estes são tutelados por princípios como o da segurança jurídica, que – repita-se – comanda a questão da expectativa de direito. Ao lado da segurança, outro vetor fundamental: a solidariedade. Como vínculo entre as duas, temos a boa-fé.

Na técnica contemporânea, o princípio da boa-fé objetiva ordena um comportamento ético. Rezam os artigos 113 e 422 do Código Civil que a boa-fé é elemento primordial. Não apenas na interpretação como também na **execução** dos contratos. Consequentemente, a confiança legítima exsurge nesse contexto: o contrante não pode – conforme já exposto – atentar contra seu atos próprios (*venire contra factum proprium*). Há, pois, uma necessidade de manter a estabilidade do contrato, para a devida fluência dos seus efeitos.

Sílvio de Salvo Venosa discorre sobre a evolução dos contratos e aponta para a massificação de que tratamos anteriormente (Capítulo 4). O campo de atuação da autonomia da vontade diminuiu até mesmo por questões tecnológicas. Neste sentido, é de se ver que o direito consumerista mudou a face das relações negociais. Sobrelevam-se conceitos como o da vulnerabilidade. Ao invés de terem aplicação subsidiária, tais conceitos possuem caráter **obrigatório**.

> Trata-se de consequência direta da complexidade crescente da sociedade, para a qual nem sempre os instrumentos clássicos são satisfatórios. O direito dos contratos também se apóia em tratados e convenções internacionais, a interferirem com frequência na contratação interna (VENOSA, 2008, p. 4).

Em assim sendo, o princípio da confiança espalhou-se pela ordem privatística brasileira, no rastro de um ordenamento que privilegia a boa-fé e a subsunção das normas a valores altaneiros. Valores como a segurança jurídica e a solidariedade, gerando uma transição digna entre a expectativa de um direito e a fruição do mesmo direito.

4.1. REPERCUSSÕES NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

No âmbito público, o princípio da confiança é utilizado reiteradamente para regular as relações entre os administrados e a Administração Pública.

Para a Administração Pública, um outro princípio assume feição diferente daquela que é sentida pelos administrados. Trata-se do princípio da legalidade.

Administrados fazem aquilo que **não** é interditado pela lei. A Administração faz aquilo que **é** determinado pela lei. Bem se vê que o princípio da legalidade é específico do Estado de Direito. Para Celso Antônio Bandeira de Mello, referido princípio contrapõe-se "visceralmente, a quaisquer tendências de exacerbação personalista dos governantes. Opõe-se a todas as formas de poder autoritário, desde o absolutista […] até as manifestações caudilhescas ou messiânicas, típicas dos países subdesenvolvidos"[8].

Nos *checks and balances* do Estado constitucional, a legalidade coíbe a desproporção entre a seara pública e a seara privada. Do contrário, uma lei *lato sensu* – positivada pelos órgãos públicos – ver-se-ia transfigurada em puro arbítrio, em puro favorecimento. Pensemos no seguinte: um grupo "X" ver-se-ia "ajudado" pelos favores criados às escondidas, na calada da noite. Sem leis tornadas públicas e de conhecimento geral, a Administração não teria mecanismos de controle.

Em um contexto como o atual, a Administração Pública precisa trafegar na linha delicada entre legalidade/segurança jurídicas e a aplicação do princípio da confiança.

Tomemos o exemplo da **teoria da aparência**. Um cidadão pode pressupor, lidimamente, que determinado funcionário exterioriza as condições que o tornem funcionário estatal. O administrado não precisa indagar do prontuário funcional, nem saber se o funcionário poderia estar ou não naquele recinto de trabalho. Em casos como este, o *agente putativo* induz o administrado ao erro.

> Não é outra a solução que tem sido dada, até hoje, para os atos praticados por funcionário de fato. Tais atos são considerados válidos, em razão – costuma-se dizer – da aparência de legitimidade de que se revestem, apesar da incompetência absoluta de quem os exarou. Na verdade, o que o direito protege

> não é a aparência de legitimidade. daqueles atos, mas a *confiança* gerada nas pessoas em virtude ou por força da presunção de legalidade e da *aparência de legitimidade* que têm os atos do Poder Público (SILVA, 2003, p. 37. Grifos no original).

Suponhamos outro exemplo, também bastante comum no cotidiano da Administração Pública: a extinção da concessão de gratificações *pro labore faciendo* e de verbas de natureza indenizatória.

A existência de boa-fé resguardará o destinatário de tais remunerações? A resposta é negativa. Em casos dessa estirpe, a boa-fé é temperada pela supremacia do interesse público.

Por um lado, o servidor está protegido pela garantia de irredutibilidade de seus vencimentos. Por outro lado, também há de se ter em mente que gratificações *pro labore faciendo* e as verbas de natureza indenizatória não possuem caráter permanente. "À evidência, o caráter transitório de tais parcelas […] **não pode gerar no servidor a expectativa** de que venham a se integrar, de forma irredutível, à sua remuneração"[9].

Temos, aqui, o inverso da moeda: a militância da boa-fé não resguarda o interesse de determinados indivíduos. A boa-fé cede terreno ao interesse público. Afinal, a manutenção *ad aeternum* das verbas feriria, dentre outros, o princípio da moralidade pública (CF, art. 37, *caput*). As verbas vigem conforme a *ratio* com que são instituídas.

Justamente para se entender o papel da confiança e da boa-fé na esfera publicística, colacionamos o entendimento do Ministro Gilmar Mendes. Expõe ele a **teoria dos *status***, de Jellinek. Ato contínuo, expõe o papel proativo do Estado para consecução das liberdades e dos direitos fundamentais. Tem-se por fiel da balança o interesse público primário, ou seja: o interesse de toda a coletividade.

> […] enquanto direitos de defesa ("*status libertatis*" e "*status negativus*") se dirigem, em princípio, a uma posição de respeito e abstenção por parte dos poderes públicos, os direitos a prestações, que, de modo geral, e ressalvados os avanços registrados ao longo do tempo, podem ser reconduzidos ao "*status positivus*" de Jellinek, implicam uma **postura ativa do Estado, no sentido de que este**

> **se encontra obrigado a colocar à disposição dos indivíduos prestações de natureza jurídica e material** (MENDES, 1999. Grifou-se).

Por conta desse fluxo de raciocínio, os cidadãos recebem a seu dispor a prestação jurisdicional (CF, art. 5º, XXXV). Objetiva-se, com ela, o respeito a valores altíssimos – como os da segurança e da solidariedade, nos quais reside a gênese das tutelas da confiança e da boa-fé. A propósito, leiamos o excerto de Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart.

> A tutela de remoção do ilícito é típica ao **Estado constitucional, ou melhor, ao Estado que tem o dever de proteger os direitos fundamentais.** [...] Uma vez violada norma desta natureza, resta ao titular do direito fundamental pedir a eliminação dos efeitos da conduta ou da sua prática, ainda que dano nenhum tenha sido produzido (MARINONI, 2008. p. 45. Grifou-se).

5. PAINEL JURISPRUDENCIAL

A partir da consulta aos diversos de litígios e às respectivas tutelas jurisdicionais, encontramos o ideário exposto no presente artigo. É fato contumaz que as Cortes brasileiras recepcionam cânones renovados, sempre na defesa do texto constitucional e abraçando abertas para o Estado Social e Democrático.

Por óbvio, o material catalogável é extenso e limitamo-nos a questões que nos parecem de relevante extração para o princípio da confiança. Especialmente no seu imbricamento com a expectativa de direito.

No que se refere à Administração Pública, os julgados sobre concursos públicos ganham espaço no cotidiano dos tribunais. Sinal de que o personalismo para ingresso na Administração vem diminuindo a olhos vistos. O concurso público efetiva a meritocracia estatal. Dar posse ao concursado equivale a premiar o mérito de um indivíduo que se destacou em meio a outros por suas próprias forças, e não por favores deletérios.

No Recurso Extraordinário nº 598.099/MS, o Relator Ministro Gilmar Mendes descortinou o conteúdo ético da confiança, exprimido na boa-fé. Reza o seu voto que "a acessibilidade aos cargos públicos constitui um

direito fundamental expressivo da cidadania […], uma das faces mais importantes do ***status activus* dos cidadãos**, conforme a conhecida 'teoria dos *status*' de Jellinek" (grifou-se).

A propósito da teoria dos *status*, reportamo-nos ao capítulo anterior e à ementa do referido RE nº 598.099/MS, cujo excerto segue abaixo.

> […] **IV. FORÇA NORMATIVA DO PRINCÍPIO DO CONCURSO PÚBLICO.** [...] O reconhecimento de um direito subjetivo à nomeação deve passar a impor **limites à atuação da Administração Pública e dela exigir o estrito cumprimento das normas que regem os certames, com especial observância dos deveres de boa-fé e incondicional respeito à confiança dos cidadãos.** O princípio constitucional do concurso público é fortalecido quando o Poder Público assegura e observa as garantias fundamentais que viabilizam a efetividade desse princípio. Ao lado das garantias de publicidade, isonomia, transparência, impessoalidade, entre outras, o direito à nomeação representa também uma garantia fundamental da plena efetividade do princípio do concurso público. V. NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO EXTRAORDINÁRIO (STF, RE nº 598.099/MS, Relator Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. 10/8/2011, p. 03/10/2011. Grifo).

De tal sorte, em casos desse tipo, as Cortes propugnam a conversão da expectativa de direito em direito líquido e certo. Assim entendeu o Colendo Superior Tribunal de Justiça.

> ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. MAGISTRATURA DA PARAÍBA. CANDIDATOS APROVADOS FORA DO NÚMERO DE VAGAS. SURGIMENTO DE NOVAS VAGAS DURANTE A VIGÊNCIA DO CERTAME. NECESSIDADE E INTERESSE DEMONSTRADOS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. PRINCÍPIO DA LEALDADE E DA BOA-FÉ. COROLÁRIOS DA SEGURANÇA JURÍDICA. **EXPECTATIVA**

> **CONVOLADA EM DIREITO LÍQUIDO E CERTO.**
> 1. Nos termos da compreensão do Pretório Excelso e do Superior Tribunal de Justiça, o direito à nomeação se limita exclusivamente às vagas previstas no edital, não atingindo, como se pretende no caso concreto, aquelas que surjam ao longo do prazo de validade do concurso.
> 2. O próprio Supremo Tribunal Federal, em certas oportunidades, já declarou, porém, que **o direito à nomeação se estende também quando fica caracterizado que a Administração Pública, de forma intencional, deixa escoar o prazo de validade do concurso sem nomear os aprovados** […] (STJ, RMS 27.389/PB, Relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, j. 14/08/2012, p. 26/10/2012. Grifou-se).

O reverso igualmente ocorre. Nem toda expectativa se convola em amparo total à parte demandante. Este Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe demonstrou apuro na ponderação sobre a lide que lhe foi dirigida.

> […] I - A jurisprudência do STJ é uníssona quanto ao término do prazo de validade do certame como o termo inicial para contagem dos 120 dias para impetração do mandado de segurança contra a falta de nomeação de aprovados em concurso público.
> II - Segundo orientação firmada pela mesma Corte Superior, os candidatos aprovados fora do número de vagas possuem mera expectativa de direito à nomeação e posse, que **pode se convolar em direito subjetivo se houver contratação de pessoal de forma precária no prazo de validade do concurso.**
> III - Na espécie, nem a substituição de servidoras em licença maternidade e nem a contratação precária perfectibilizada após o prazo de validade do concurso configuram as mencionadas hipóteses de conversão da mera expectativa em direito líquido e certo à nomeação e posse.

> III - Segurança denegada. Decisão unânime.
> (TJ/SE, Mandado de Segurança nº 0323/2012, Relatora Desembargadora Suzana Maria Carvalho de Oliveira, j. 07/08/2013. Houve grifo).

Os limites à expectativa de direito são salutares e devem ser verificados com zelo pelo magistrado. Em outra oportunidade, este mesmo Egrégio Tribunal de Justiça apontou o norte da confiança e da boa-fé objetiva. Desta feita, no direito previdenciário. Como veremos, apesar de determinado agente político não ser contribuinte *stricto sensu* de um dado regime de previdência, ainda assim faz jus à fruição de direitos, posto que tenha efetivamente contribuído. *Idem ibidem*, a dependente também está amparada. No evento morte, alça-se à condição de pensionista.

> AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO ORDINÁRIA. TUTELA ANTECIPADA. PAGAMENTO DE PENSÃO POR MORTE. DETENTOR DE MANDATO ELETIVO. SITUAÇÃO JURÍDICA EXCEPCIONAL. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.
> I - A contribuição previdenciária é própria dos servidores ocupantes de cargo efetivo, não se enquadrando os agentes políticos em tal circunstância.
> II - **Embora não inserido no quadro como servidor público efetivo, o ex-governador contribuía, mensalmente, para o regime de previdência.**
> III - **Deve-se, pois, privilegiar os Princípios da Segurança Jurídica e da Boa-Fé Objetiva, haja vista a formação do vínculo de natureza previdenciária entre o servidor falecido e a parte agravante, gerando expectativa real e concreta dos direitos advindos de tal situação.**
> IV - Recurso conhecido e desprovido.
> (TJ/SE, Agravo de Instrumento nº 0558/2010, Desembargador Ricardo Múcio Santana de Abreu Lima, j. 24/01/2011. Grifou-se).

Institutos do direito consumerista foram destacados no recente REsp 1269691/PB, do Colendo Tribunal da Cidadania. No acórdão, o fornecedor manteve uma cadeia de consumo que não se extinguiu com o mero fornecimento do bem ou do serviço. Houve uma pressuposição legítima do consumidor, no sentido de que o estacionamento a ele ofertado estará a salvo de eventos criminosos. Cabe ao fornecedor responsabilizar-se pela manutenção do local, em hipótese clara de *culpa in vigilando*.

> [...] A empresa que fornece estacionamento aos veículos de seus clientes responde objetivamente pelos furtos, roubos e latrocínios ocorridos no seu interior, uma vez que, em troca dos benefícios financeiros indiretos decorrentes desse acréscimo de conforto aos consumidores, o estabelecimento assume o dever – implícito em qualquer relação contratual – de lealdade e segurança, como **aplicação concreta do princípio da confiança**. Inteligência da Súmula 130 do STJ […] (STJ, REsp 1269691/PB, Relatora Ministra Maria Isabel Gallotti, Relator para Acórdão Ministro Luís Felipe Salomão, Quarta Turma, j. 21/11/2013, p. 05/03/2014. Grifou-se).

No viés pós-positivista, a temática da justiça torna-se recorrente como finalidade mesma do ordenamento. A expectativa de direito, a boa-fé objetiva e a toada axiológica do REsp 944325/RS caminham para resguardar – com racionalidade e parcimônia – os interesses da parte. Vivemos em um mundo complexo. A proteção jurisdicional também deve sê-lo.

> […] 5. PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA E CARÁTER PARTICULAR DESTA DECISÃO.
> **O Direito contemporâneo leva em conta as expectativas legítimas das partes e da boa-fé objetiva. É óbvio que a solução aqui exposta não pode ser aplicada a todos os casos. Há de ser vista *modus in rebus*, com ponderação e prudência, sem qualquer vocação a se projetar como um**

> **precedente aspirante à universalidade.** Veda-se a cobrança dos valores recebidos de boa-fé pela recorrida neste caso e presentes as circunstâncias dos autos. O sacrifício ora realizado em detrimento da segurança jurídica, mas em favor da Justiça, é tópico e excepcional. […] (STJ, REsp 944325/RS, Relator Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, j. 04/11/2008, p. 21/11/2008. Houve grifo).

Por fim, consultemos o magistério que serve de síntese para o descortinar de julgados que ora deslindados. Resta claro que, no direito contemporâneo, a boa-fé tornou-se um pilar. Um pilar interligado direta e visceralmente com as expectativas da parte e com a confiança que ela venha a depositar nos demais contratantes.

> […] Na hipótese dos autos, a ré, Apelante, como se disse em linhas atrás, não prestou adequadamente o serviço contratado. **De mais a isso, a cláusula incompatível com a boa-fé objetiva – grande pilar do Direito moderno, é aquela que frustra a expectativa do contratante acerca da efetiva contraprestação do serviço, cabendo ao julgador aferir a sua validade em face da lei, bem como se ela está acorde com a equidade do respectivo contrato.**
> (TJ/SE, Apelação Cível nº 6977/2010, Relator Desembargador Osório de Araújo Ramos Filho, j. 13/12/2010. Grifou-se).

6. CONCLUSÕES

Após uma longa temporada no terreno da estrita legalidade, o Direito retornou à apoteose dos valores. Retornou à busca de um ideal de justiça, *concretizado* através da ponderação, da racionalidade e do vivo mister do intérprete constitucional. O Direito vê-se rodeado pela normatividade dos comandos éticos, conceitos jurídicos indeterminados, cláusulas abertas e princípios.

Concretização é, pois, um elemento de oportuna densidade no direito contemporâneo. Tornar efetivo um comando legal significa, via de regra,

tornar real a medida abstrata da justiça – medida para a qual os poderes constituídos trabalham em um Estado Democrático e de Direito.

Reside naquele imperativo de justiça, a razão de homens e mulheres associarem-se em um determinado Estado. Como visto no capítulo terceiro, poderes são criados pela manifestação do constituinte originário. Não podem trair o pacto seminal. Caso o traiam, estar-se-á perante o arbítrio, perante o totalitarismo, já verificado no Brasil, nas Cartas de 1937, 1967 e na Emenda Constitucional nº 1/69.

A aplicação do princípio da confiança remete a paradigmas pós-positivistas (capítulo segundo). Trata-se de premissas de fundo para a análise que procedemos no presente artigo. Em assim sendo, o intercâmbio entre confiança e expectativa de direito adquire um continente de nuances. Por intermédio de tais sutilezas, o conceito da expectativa acaba sendo atualizado (capítulo quarto).

Debater o princípio da confiança equivale a debater um valor multissecular: a segurança jurídica. Nesta toada, destacamos o quanto os contratantes estão obrigados – e não apenas *sugestionados* – a manterem a boa-fé objetiva entre si. A boa-fé, é bem de ser ver, espalha-se desde a celebração do contrato até o exaurimento de sua execução. Afinal, o estado de confiança nutre-se não apenas da segurança como também da solidariedade entre as partes.

Como sói acontecer no Direito, o regramento de determinada situação jurídica transforma-se quando submetida a um regime privatístico ou a um regime publicístico. No correr no quarto capítulo, verificou-se como a Administração Pública tempera a liberdade com o princípio da supremacia do interesse público.

O interesse público recontextualiza a missão da confiança e da boa-fé na expectativa de direito. Desta sorte, há de se ter em mente o duplo significado do princípio da legalidade. Na esfera administrativista, o princípio possui rigidez maior – e necessária –, para conter favorecimentos impensáveis no Estado contemporâneo. Este é voltado para a proteção de direitos e liberdades fundamentais. A pessoa humana impõe-se, portanto, como a *ratio* do ordenamento.

Não por outra razão, a prestação jurisdicional é mecanismo que garante aos cidadãos o plexo de informações que tivemos a oportunidade de vislumbrar ao longo do presente estudo. Conforme avançamos na leitura de acórdãos (capítulo quinto), percebemos a renovação dos

cânones jusfilosóficos. Percebemos a renovada aura do Direito em nossos dias.

De todo o exposto, pode-se obter uma concatenação de elementos. Primeiramente, a sociedade altera-se e, com ela, alteram-se as vivências existenciais. Ato contínuo, alteram-se os paradigmas. Como fruto dessa reiterada e inescapável mutação, a expectativa de direito e a teoria mesma dos negócios jurídicos também se adequaram à realidade. Compete ao homem, tal como na epígrafe de Kant, saber dos seus limites perante outrem. Ao mesmo tempo, compete-lhe saber-se pleno de possibilidades. Possibilidades que, como visto, foram criadoras do Direito no passado, recriam-no no presente e o transformarão no futuro.

EXPECTANCY OF RIGHT AND LEGITIMATE CONFIDENCE: A POST-POSITIVIST PERSPECTIVE

ABSTRACT: In the realms of social sciences, Law is a discipline of continuous mutations. This irrepressible process is derived from changes in social behaviors and changes in philosophic, technical and scientific paradigms. Since the advent of Second World War, the Postpositivist canon has established an axiological approach. It discusses the role of values and the role of constitutional interpreters. The present essay analyzes the contents of good faith, solidarity and juridical certainty. All of those aspects are scattered through public and private affairs. Finally, the last chapter displays judicial precedents – in order to undertake a view on litigation nowadays. As an ultimate conclusion, one must observe that Postpositivism proposes a renewed hermeneutic method. It emphasizes the complexity of juridical and existential positions instead of a sheer appreciation for legal texts.

KEYWORDS: Expectancy of right. Legitimate confidence. Post-positivism. Constitutional law.

Notas

[1] Em tradução livre: "Nós acusamos as condutas intencionais e planejadas, que envolvem erros de ordem moral como também legal. E não nos referimos a condutas que sejam naturais e humanas, mesmo que ilegais, descuidadas, como muitos de nós bem poderíamos ter cometido se estivéssemos na posição dos réus. Não é porque eles vincularam fragilidades normais de seres humanos que os acusamos. É, isto sim, por conta de suas condutas anormais e inumanas

que estão perante esta corte." JACKSON, Robert H. Opening statement before the International Military Tribunal. Disponível em: <http://www.roberthjackson.org/the-man/speeches-articles/speeches/speeches-by-robert-h-jackson/opening-statement-before-the-international-military-tribunal> Acesso em: 24 maio 2014.

[2] Este o magistério do Ministro Luís Roberto Barroso: "A identificação e o equacionamento das colisões de normas constitucionais são relativamente recentes no Direito contemporâneo. A complexidade e o pluralismo das sociedades modernas levaram ao abrigo da Constituição valores, interesses e direitos variados, que eventualmente entram em choque. Os critérios tradicionais de solução dos conflitos entre normas infraconstitucionais não são próprios para esse tipo de situação [...], uma vez que tais antinomias não se colocam quer no plano da validade, quer no da vigência das proposições normativas" (2013, p. 432. Grifou-se).

[3] PERLINGIERI, 2007, p. 71.

[4] PEREIRA, 2006, p. 158.

[5] Id. Ibid. p. 156. Grifou-se.

[6] "Registre-se que o tema [o princípio da segurança juridica] é pedra angular do Estado de Direito sob a forma de proteção à confiança. É o que destaca Karl Larenz, que tem na consecução da paz jurídica um elemento nuclear do Estado de Direito material e também vê como aspecto do princípio da segurança o da confiança [...]". (MENDES; BRANCO, 2014, p. 1.032).

[7] As técnicas de decisão adotadas pelo nosso Supremo Tribunal Federal envolvem "a interpretação conforme a Constituição, a declaração de nulidade sem redução de texto, a declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade e o apelo ao legislador" (BARROSO, 2013, p. 77).

[8] MELLO, 2006, p. 97.

[9] BAPTISTA, 2000, p. 23. Grifamos.

REFERÊNCIAS

BAPTISTA, Patrícia Ferreira. Servidor público: direito adquirido e irredutibilidade de vencimentos. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, n. 221, p. 141-158, jul./set. 2000.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*. São Paulo: Ícone, 1999.

FILHO, Sergio Cavalieri. *Programa de responsabilidade civil*. São Paulo: Malheiros, 2003.

JACKSON, Robert H. *Opening statement before the International Military Tribunal*. Disponível em: <http://www.roberthjackson.org/the-man/speeches-articles/speeches/speeches-by-robert-h-jackson/opening-statement-before-the-international-military-tribunal>. Acesso em: 24 maio 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. *Revista Jurídica Virtual*. Brasília, vol. 2, n. 13,

junho/1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_14/direitos_fund.htm>. Acesso em: 17 maio 2014.
MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil*: execução. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. v. 3.
MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2006.
MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. Atualizado por Claudia Lima Marques e Bruno Miragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. t. XXXVIII.
PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v. 1.
PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*: introdução ao direito civil constitucional. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
SCHREIBER Anderson. *A proibição de comportamento contraditório*: tutela da confiança e venire contra factum proprium. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
SILVA, Almiro do Couto e. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no Direito Público brasileiro e o direito da Administração Pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei do Processo Administrativo da União (Lei nº 9.784/99). *Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre: Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul, v. 27, p. 33-75, 2003.
VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil*: contratos em espécie. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008. v. 3.

PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL DA TEORIA DO GARATISMO PENAL

Thiago Figueiredo Silva*

RESUMO: Hodiernamente, a teoria do garantismo penal tem sido deturpada e utilizada como estratégia de defesa dos acusados. É notório o desvirtuamento da mencionada teoria para proteção exclusiva dos direitos fundamentais individuais dos acusados, em detrimento dos direitos coletivos, a citar o direito à segurança pública. É possível encontrar na prática forense, em manifestações doutrinárias e até mesmo jurisprudenciais, a mera citação dos axiomas garantistas, de maneira totalmente distante da essência integral do sistema garantista proposto por Luigi Ferrajoli. Nesse sentido, urge uma releitura da teoria em tela, para que haja a devida ponderação entre proteção dos direitos individuais dos acusados e o direito coletivo à segurança pública, assegurado pela preservação dos mecanismos investigatórios e processuais necessários à persecução penal. Assim, em uma sociedade marcada, sobretudo, pelo aumento da criminalidade não há espaço para um protecionismo desvirtuado dos direitos individuais em detrimento da justa aplicação das normas incriminadoras e de uma política ostensiva de combate à criminalidade.

PALAVRAS-CHAVE: Garantismo penal. Ponderação. Segurança pública.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo estuda a teoria do garantismo penal à luz da Constituição Federal, com a proposta de demonstrar a importância da ponderação entre a proteção dos direitos fundamentais individuais e a adequada preservação dos mecanismos investigatórios e processuais, para que o Estado cumpra o seu dever de prestar segurança pública.

Pode-se perceber, hodiernamente, que os mecanismos e instrumentos

* Bacharel em Direito, formado pela Universidade Tiradentes (UNIT). Pós-graduando em Direito Constitucional Aplicado pela Faculdade de Direito Damásio de Jesus (FDDJ/SP). Técnico Judiciário do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe.

investigatórios e processuais utilizados na persecução penal têm sido obstaculizados por uma interpretação e aplicação deturpada da teoria do garantismo penal, o que contribui com a impunidade e, conseguintemente, com a derrocada do ordenamento jurídico brasileiro e do Estado Democrático de Direito.

É sabido que a teoria do garantismo penal encontra guarida no ordenamento jurídico-constitucional brasileiro, visto que tem como pressuposto a proteção dos direitos fundamentais individuais. Contudo, a proteção de tais direitos individuais não pode se sobrepor ao direito social de segurança. Dessa forma, por meio de uma análise crítica da aplicação da teoria do garantismo penal como estratégia de defesa, pretende-se evidenciar a necessidade da ponderação entre o dever do Estado de garantir segurança e a proteção dos cidadãos (infratores) contra a arbitrariedade das proibições e das punições.

À luz das concepções neoconstitucionalistas, que impõem uma compreensão e aplicação dos princípios jurídicos sob a égide do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, quer-se demonstrar a necessidade da interpretação integral da teoria do garantismo penal, de maneira a proteger a dignidade da pessoa do imputado e também a proteção dos interesses individuais e coletivos.

Assim, em face do patente desvirtuamento da teoria do garantismo penal em interpretações doutrinárias, na prática forense, e até em entendimentos jurisprudenciais, o presente artigo traz a lume a importância de uma interpretação integral de tal teoria, fazendo-a conforme o disposto no ordenamento jurídico-constitucional pátrio. Desse modo, urge uma releitura ampliativa do sistema geral do garantismo, ensejando a construção de uma visão integral do sistema penal e do sistema processual penal, o que permitirá a eficaz persecução criminal e, consequentemente, a aplicação justa do Direito.

2. PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

O preceito da presunção de inocência, previsto na Magna Carta no artigo 5º, inciso LVII, que diz: "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória", é fruto da opção garantista de proteção dos acusados. Nesse sentido, Ferrajoli preconiza que tal princípio pode ser observado de duas formas, quais sejam, como

regra de tratamento do imputado, e como regra de juízo. Assim, o teórico maior da teoria ora estudada considera o instituto da prisão preventiva como sendo ilegítimo e capaz de provocar o enfraquecimento de todas as outras garantias penais e processuais do acusado. Para Luigi Ferrajoli[1]:

> [...] toda prisão sem julgamento ofende o sentimento comum de justiça, sendo entendido como um ato de força e de arbítrio. Não há de fato qualquer provimento judicial e mesmo qualquer ato dos poderes públicos que desperte tanto medo e insegurança e solape a confiança no direito quanto o encarceramento de um cidadão, às vezes por anos, sem processo.

Em que pese a força desse pensamento garantista, a prisão preventiva pode ser decretada quando existir alguma das circunstâncias autorizadoras de tal forma de encarceramento cautelar, a saber, garantia da ordem pública, garantia da ordem econômica, conveniência da instrução criminal e asseguração de eventual pena a ser imposta, e sempre que restar comprovado o perigo da demora de se aguardar o trânsito em julgado para a prisão do acusado, consoante dispõe o artigo 312, do Código de Processo Penal Brasileiro.

Assim, o Estado deve proteger a ordem pública, impedindo que o agente criminoso solto, continue praticando delitos. Ademais, visa-se resguardar a credibilidade da Justiça, tendo em vista que em crimes de grande repercussão popular, em que a brutalidade do delito provoca grande clamor público, a sensação de impunidade por restar solto o acusado e a demora pela prestação jurisdicional geram o descrédito do órgão jurisdicional.

Sobre o tema decidiu o Superior Tribunal de Justiça: "[...] quando o crime praticado se reveste de grande crueldade e violência, causando indignação na opinião pública, fica demonstrada a necessidade da cautela [...]"[2].

A prisão preventiva é conveniente para instrução criminal quando o agente dificultar ou impedir a colheita de provas, obstaculizando a instrução processual e conseguintemente a prestação da tutela jurisdicional e aplicação da lei penal. Portanto, havendo risco iminente de fuga do agente do distrito da fuga, e não tendo ele residência fixa ou

ocupação lícita, fica autorizada a prisão cautelar em comento.

A Súmula 9 do Superior Tribunal de Justiça, ao tratar do assunto, dispõe que a prisão provisória, gênero do qual a prisão preventiva é espécie, não ofende o princípio constitucional da presunção de inocência, previsto no art. 5º , inciso LVII, da Magna Carta.

3. DIREITO AO SILÊNCIO

Outrossim, o direito ao silêncio e à ampla defesa constituem importantes garantias para o respeito à dignidade da pessoa humana, estando inscritos na Lei Maior no artigo 5º, inciso LXIII: "o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado".

O direito ao silêncio, além de ser uma proteção para o indivíduo contra a tortura física ou psíquica, constitui uma garantia de não colaboração com o Estado na investigação de uma conduta criminosa. Tem-se que o réu não pode ser compelido a auxiliar a persecução criminal estatal.

Não obstante a importância de tal direito, mentir, falsificar documentos, declarar falsamente, induzir alguém em erro, usar pretextos ou ardis em defesa, são condutas atentatórias da verdade processual, e, portanto, não condizentes com os princípios basilares do Estado de Direito.

Com efeito, a mentira revela o modo de ser do indivíduo que a utiliza. Assim, ao proferir a sentença condenatória, quando da análise das circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal Brasileiro, deve o magistrado repreender com mais rigor o réu mentiroso. Observe-se que a letra do aludido artigo menciona elementos fundamentais para a aplicação da pena pautando-se, para tanto, na análise de diversos parâmetros que possibilitam o enquadramento daquela às circunstâncias peculiares do crime.

No decorrer na fase instrutória, compete ao magistrado buscar todas as informações necessárias à aplicação da pena, é o que determina o artigo 187 do Código de Processo Penal. Nesse sentido, deve ele munir-se de todas as informações pertinentes ao acusado, tais como meios de vida, profissão, vida pregressa, além de buscar o máximo de informações a respeito da personalidade do réu.

Na lição de Vladimir Aras[3], o réu não tem o direito de mentir, conforme vê-se:

> Se o réu não está obrigado a falar, está claro que não necessita mentir. A mentira será, portanto, um elemento indicativo de sua personalidade, que poderá ser negativamente avaliada pelo julgador, na medida em que a mentira tem por objetivo provocar um erro judiciário, iludir o juiz, ludibriar a parte adversa, enganar a coletividade, atrapalhar a justa prestação jurisdicional, prejudicar as vítimas ou terceiros.

É possível dizer que a valoração negativa da mentira mostra-se como um importante meio de garantir a eficácia processual, pois o réu pensará duas vezes antes de valer-se de subterfúgio para promover a sua defesa e com isso dificultar e até desvirtuar a marcha processual, distanciando-se dos valores que sustentam o Estado Democrático de Direito.

Portanto, não pode o garantismo penal ser utilizado para legitimar a atuação do investigado que mente em sua autodefesa, tendo em vista que o direito constitucional previsto é o de permanecer calado e ter ampla defesa, e essa ampla defesa não chega ao ponto de permitir que o réu minta.

Frise-se que nenhuma lei ou princípio constitucional assegura ao acusado o direito de mentir. Sob o aspecto jurídico, a mentira não é permitida no ordenamento pátrio e como tal não pode ser utilizada como estratégia de defesa.

A jurisprudência pátria já aceitou o direito à mentira, consoante vê-se no REsp 54.781/SP[4], julgado pela Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, a seguir transcrito: "Cumpre evitar a surpresa. O réu poderá, sem qualquer censura, dar a versão que lhe pareça melhor, tem direito à mentira porque não é obrigado a autoacusar-se [...]". Tal entendimento legitima a mentira como uma garantia contra autoincriminação. Contudo, na verdade, o réu tem assegurado constitucionalmente o direito de silenciar e não o de mentir.

No Supremo Tribunal Federal é pacífico o entendimento de que o investigado ou acusado tem o direito de permanecer em silêncio, de modo a evitar a sua autoincriminação, é o que se lê na decisão[5] do Ministro Celso de Mello, a seguir transcrita:

> Aquele que sofre persecução penal instaurada

> pelo Estado tem, dentre outras prerrogativas básicas, o direito (a) de permanecer em silêncio, (b) de não ser compelido a produzir elementos de incriminação contra si próprio nem constrangido a apresentar provas que lhe comprometam a defesa e (c) de se recusar a participar, ativa ou passivamente, de procedimentos probatórios que lhe possam afetar a esfera jurídica, tais como a reprodução simulada do evento delituoso e o fornecimento de padrões gráficos ou de padrões vocais, para efeito de perícia criminal. Precedentes.

Destaque-se que o Pretório Excelso reconhece o direito ao silêncio e não o suposto direito à mentira. Entende-se que se o réu não é obrigado a falar, logo ele não precisa mentir, pois o processo penal deve também ser ético, garantindo os princípios da lealdade, da probidade processual e da responsabilidade subjetiva.

Como visto, tem-se encontrado manifestações doutrinárias e até jurisprudenciais em que há a mera citação dos axiomas garantistas, de maneira totalmente distante da essência integral do sistema garantista proposto por Luigi Ferrajoli. Ainda à guisa de exemplo leia-se a lição de José Frederico Marques[6] "O réu não é obrigado a depor contra si próprio e tem o direito de responder mentirosamente ao juiz que o interroga". Ora, é inadmissível, em um Estado de Direito, que a mentira seja considerada uma legítima forma de defesa.

4. DELAÇÃO PREMIADA

Ademais, a utilização da colaboração premiada, segundo a teoria em comento, viola os direitos fundamentais individuais, tendo em vista que a concessão de prêmios ao colaborador processual constitui uma ilegítima intromissão do Estado nas sociedades contemporâneas, acentuando uma cultura de emergência e de exceção. Essa corrente doutrinária entende que a utilização, no sistema penal, de institutos baseados na técnica premial enseja o desvirtuamento dos princípios penais e processuais penais fundamentais.

Nesse sentido, explica Márcio Barra Lima[7]:

> Ferrajoli, ao analisar o direito penal produzido na Itália como resposta ao terrorismo e à criminalidade organizada, leciona que, mesmo sendo possível configurar o terrorismo vivenciado naquele país como uma "guerra interna", e, portanto, ameaçador das bases democráticas do Estado, as práticas de emergência poderiam ser consideradas, no máximo, como politicamente legítimas, contudo, jamais se revestiriam da qualidade de direito dentro de um autêntico Estado Democrático de Direito, representando "mero exercício de força para fins de defesa".

Outra vertente doutrinária defende a técnica da premiação pela delação, em razão, sobretudo, da importância e da necessidade da prova oriunda da colaboração processual (premiada), visto que dificilmente seria possível obtê-la pelos tradicionais meios utilizados no processo penal. Pode-se dizer que a utilização da colaboração premial contribui para o satisfatório funcionamento do Poder Judiciário no exercício de sua função típica, qual seja, a prestação da tutela jurisdicional.

Dessa forma, a colaboração premiada mostra-se um instrumento necessário de acesso à justiça penal, porque garante maior utilidade e eficiência a persecução criminal, de modo que ela não apenas auxilia as investigações na fase pré-processual, mas também permite uma considerável melhora na produção da prova judicial no processo penal, permitindo que o julgador tenha condições de proferir uma sentença efetivamente justa.

Ressalte-se que a teoria garantista não existe apenas para proteger os interesses e direitos fundamentais individuais, faz-se necessário também proteger os preceitos e princípios ínsitos aos direitos fundamentais sociais inerentes ao Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, mostra-se imprescindível uma interpretação integral da teoria em testilha, de modo a se alcançar a harmonia e o equilíbrio na proteção ativa dos interesses da sociedade e dos investigados.

Em que pese a importância dos direitos fundamentais individuais, a ordem jurídico-constitucional prevê outros direitos, a saber, os coletivos e sociais, sobre os quais estão lastreados inúmeros princípios e valores que não podem ser olvidados ou relegados, notadamente fazendo-se uma

interpretação sistêmica e integral da Lei Maior.

É patente o desvirtuamento da teoria do garantismo penal, hodiernamente, verificado pela proteção exclusiva dos direitos fundamentais individuais, em detrimento dos direitos coletivos, a citar o direito à segurança pública.

5. DIREITOS FUNDAMENTAIS INDIVIDUAIS

De acordo com Paulo Bonavides[8], os direitos fundamentais de proteção da liberdade e dignidade humana surgiram com o racionalismo presente na Revolução Francesa, mais especificamente, na Declaração dos Direitos do Homem de 1789. Nesse momento histórico, os valores humanos tornaram-se valores filosóficos cardeais, sobre os quais se ergueram os ordenamentos jurídicos dos Estados Democráticos.

É sabido que a proteção dos direitos fundamentais individuais decorre de imposição normativa-constitucional, visando-se reconhecer universalmente a tutela de tais direitos, em face da imprescindibilidade desses para a formação de Estado Democrático de Direito, estruturado, portanto, sobre bases liberais, conforme depreende-se da leitura do preâmbulo da Magna Carta.

Segundo Luigi Ferrajoli[9]: "são direitos fundamentais aqueles direitos subjetivos que as normas de um determinado ordenamento jurídico atribuem unilateralmente a todos enquanto pessoas, cidadãos e/ou pessoas capazes de agir". É, portanto, clarividente a importância desses direitos para proteção do cidadão contra o arbítrio estatal, podendo, inclusive, ser classificados como direitos de defesa.

Para José Joaquim Gomes Canotilho[10] os direitos de defesa dos cidadãos possuem duas perspectivas, quais sejam, uma jurídico-objetiva e outra jurídico-subjetiva. A primeira "com normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual", e a segunda com o "poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de existir omissões dos poderes públicos de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa)".

Observe-se que a proteção dos direitos fundamentais tem como pressuposto a dignidade da pessoa humana, sendo esta um fundamento basilar do Estado Democrático de Direito e o cerne do

neoconstitucionalismo. O princípio da dignidade da pessoa humana legitima, pois a atuação estatal na concretização dos direitos fundamentais, nos quais está inserido o direito à segurança.

Segundo Daniel Sarmento[11], o princípio da dignidade da pessoa humana funda-se na tradição judaico-cristã, tendo sido o homem criado à imagem e semelhança de Deus, devendo, portanto, ser protegido.

O reconhecimento dos direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988 pode ser interpretado como uma resposta às práticas atentatórias e abusivas à esfera individual do cidadão durante a Ditadura Militar (1964-1985). Nesse sentido, a proteção dos direitos fundamentais é um dever do Estado, fazendo o necessário, de maneira preventiva e repressiva, para garantir adequadamente a fruição de tais direitos.

Nesse diapasão, quando a tutela de bens jurídicos coletivos, a exemplo da segurança, depender do afastamento ou restrição de direitos individuais, não há que se falar em lesão à dignidade da pessoa humana, ao contrário, pretende-se proteger o direito de segurança de uma quantidade indeterminada de pessoas, garantindo, pois, a dignidade destas.

Sobre o direito de segurança pública, ensina Valter Foleto Santin[12]:

> Na sua dimensão atual, o direito à segurança pública tem previsão expressa na Constituição Federal do Brasil (preâmbulo, arts. 5º, 6º e 144) e decorre do Estado Democrático de Direito (cidadania e dignidade da pessoa humana, art. 1º, II e III, CF) e dos objetivos fundamentais da República (sociedade livre, justa e solidária e bem de todos, art. 3º, I e IV), com garantia do recebimento dos serviços respectivos. A segurança pública é considerada dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, destinada a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio (art. 144, caput, CF), que implicam num meio de garantia da inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, direitos e garantias fundamentais do cidadão (art. 5º, caput, CF). [...] O termo 'segurança' constante do preâmbulo e dos arts. 5º, caput, e 6º da Constituição Federal, deve ser interpretado como relativo ao direito à segurança pública,

> predominantemente de caráter difuso [...]

Com declínio do absolutismo e a ascensão dos Estados Liberais, estabeleceu-se no cenário social a ideia de limitação do poder estatal por meio da imposição de restrições ao desempenho do poder punitivo, fazendo-o com base em um novo ordenamento protetor do indivíduo. Nessa nova ordem, o Direito Penal e o Processo Penal auxiliam na proteção dos direitos fundamentais do acusado, bem como da coletividade.

Mostra-se extremamente necessária atuação do Poder Judiciário em consonância com uma política de segurança pública de combate à criminalidade, de maneira a tutelar direitos constitucionalmente protegidos (individuais e coletivos), assegurando a manutenção da ordem no Estado de Direito.

Sob a ótica liberal-burguesa, a liberdade é considerada o centro do ordenamento jurídico. Entretanto, no Estado-social, os direitos coletivos encontram guarida no ordenamento constitucional, o que enseja a proteção dos interesses legítimos da sociedade, por meio, quando necessário, de uma persecução criminal voltada para a segurança social.

Os direitos fundamentais, por influência da clássica teoria do *status* de Georg Jellinek[13], são, doutrinariamente, classificados em primeira, segunda e terceira gerações, e mais recentemente em quarta e quinta gerações. Assim, de acordo com a referida teoria, o homem relaciona-se com o Estado por quatro espécies de situações jurídicas (status), quais sejam, passivo, negativo, positivo e ativo.

Explicando a teoria dos quatro *status* de Jellinek, Dirley da Cunha[14] diz:

> Pelo *status subjectionis* ou *status* passivo, o indivíduo estaria subordinado aos poderes estatais, sujeito a um conjunto de deveres, e não de direitos. [...] Pelo *status negativus* ou *status libertatis,* ao indivíduo é reconhecido, por ser dotado de personalidade, uma esfera individual de liberdade imune de intervenção estatal. [...] Pelo *status positivus* ou *status civitatis*, ao indivíduo são franqueadas as instituições estatais para exigir do próprio Estado determinadas prestações positivas que possibilitem a satisfação de certas necessidades. [...] Pelo *status activus*, assegura-se ao indivíduo a possibilidade

> de participar ativamente da formação da vontade política estatal [...]

Nesse sentido, pode-se dizer que os direitos fundamentais de primeira geração (direitos individuais e políticos) visam proteger o indivíduo da intervenção estatal, gerando para este um dever de abstenção frente àquele. Por outro lado, os direitos de segunda geração (direitos sociais, econômicos e culturais), geram para o Estado um dever prestação dos serviços essenciais ao indivíduo. Já os direitos de terceira geração (direitos de solidariedade ou fraternidade) protegem os interesses de um grupo indeterminado de pessoas, visto que objetivam proteger primeiramente o gênero humano. Os direitos de quarta geração (direitos à democracia, à informação e ao pluralismo) mostram-se necessários para efetivação de uma sociedade universal. Por fim, a quinta geração dos direitos fundamentais é constituída pelo direito à paz.

O reconhecimento do direito à paz como um direito fundamental de quinta geração representa, para Paulo Bonavides[15], um avanço, visto que a proteção desse bem maior da humanidade, feita no âmbito dos direitos fundamentais de terceira geração ocorria de maneira superficial e vaga.

Ensina Paulo Bonavides[16]:

> O direito à paz é o direito natural dos povos. [...] paz em seu caráter universal, em sua feição agregativa de solidariedade, em seu plano harmonizador de todas as etnias, de todas as culturas, de todos os sistemas, de todas as crenças, de todos os sistemas, de todas as crenças que a fé e a dignidade do homem propugnam, reivindicam, concretizam e legitimam. Quem conturbar essa paz, quem a violentar, quem a negar, cometerá à luz desse entendimento, crime contra a sociedade humana. Aqui se lhe descobre, então, o sentido mais profundo, perpassado de valores domiciliados na alma da Humanidade. Valores, portanto, providos de inviolável força legitimadora, única capaz de construir a sociedade da justiça, que é fim e regra para o estabelecimento da ordem, da liberdade e do bem comum na convivência dos povos.

Dessa forma, o Estado, visando defender o tão almejado direito à paz, pode intervir ostensivamente na realidade social, assegurando a proteção de bens jurídicos relevantes para a sociedade, sempre norteado pelo princípio da proporcionalidade.

6. DIREITO COLETIVO DE SEGURANÇA PÚBLICA

O sistema de política criminal reflete o pensamento jurídico-filosófico de uma época, o qual, por sua vez, relaciona-se com a organização social. Assim, em um contexto social marcado pelo aumento da criminalidade não há espaço para um protecionismo desvirtuado e exacerbado dos direitos individuais em detrimento da justa aplicação das normas incriminadoras e de uma política ostensiva de combate à criminalidade.

A Magna Carta, dita "cidadã", sendo o cerne do ordenamento jurídico brasileiro, norteia o Estado Democrático de Direito, tendo em vista que prevê uma série de princípios que disciplinam a atuação estatal. Nesse sentido, as regras de segurança pública devem estar de acordo com os valores constantes na Lei Maior, protegendo os direitos e garantias individuais e mantendo a ordem pública.

A política de combate à criminalidade está inserida em um sistema de controle social, sendo este subordinado aos valores fundamentais do Estado. Logo, a proteção dos direitos individuais não pode se sobrepor ao direito de segurança social, tampouco a este pode ser dada maior importância que aqueles. Frise-se que se defende, no presente artigo, o equilíbrio entre a proteção dos direitos humanos e a correta intervenção penal no combate à criminalidade.

A formação político-filosófica do Estado indica a forma como este intervém na sociedade, demonstrando a sua política criminal para manutenção da ordem social. Nesse sentido, Franz Von Liszt[17], conceitua a política criminal como:

> conjunto de sistemático de princípios baseados na investigação científica das causas do crime e consequências da pena, segundo os quais o Estado, por meio da pena e mecanismos a ela análogos (casas de correção, educacionais, etc.) deve conduzir a luta contra o crime.

Observe-se que a política de combate à criminalidade de um Estado lastreia-se no arcabouço de valores norteadores desse Estado. No Brasil, os direitos e garantias individuais adquiriram tamanha importância que foram transformados em cláusulas pétreas, e assim sendo, a proposta de emenda constitucional tendente a abolir tais direitos não pode ser objeto de deliberação. Para Gilmar Ferreira Mendes[18], a mudança de tais cláusulas de garantia acarretaria perda de identidade da vigente Constituição, visto que tais restrições impedem o término do Estado Democrático de Direito.

Tem sido objeto de discussão se a máxima proteção dos direitos fundamentais individuais do suspeito da prática de um crime é compatível ou não com o Estado dominante, intervencionista e protetor da coletividade. Sobre a antinomia existente entre os direitos fundamentais individuais e o direito social de segurança pública, ensina Ana Elisa Liberatore[19]:

> É evidente que o Estado Democrático de Direito constitui, por sua própria natureza, um ordenamento imperfeito, resultando impensável a absoluta harmonia de interesses e valores nos diversos níveis do sistema. Aliás, essa aparente imperfeição constitui o maior mérito dos ordenamentos jurídicos democráticos, uma vez que a total ausência de antinomias só seria possível se não se incorporasse às normas nenhum vínculo substancial, como acontece no Estado Absoluto, no qual estas existem e possuem validade porque são produzidas dentro das formas estabelecidas.

Ora, é imprescindível para organização social de um Estado Democrático, o reconhecimento do indivíduo como parte integrante desse organismo social. Contudo, o reconhecimento e respeito dos valores e garantias individuais não pode obstar a proteção da coletividade, ou seja, não pode se contrapor à manutenção da ordem social.

Os novos riscos que permeiam o cenário social hordierno, juntamente com as propostas de expansão do Direito Penal, são fatores que justificam a flexibilização ou, em última e excepcional hipótese, o afastamento dos direitos fundamentais individuais, objetivando-se salvaguardar a segurança social. Tal pensamento decorre de um modelo penal de

segurança que caracteriza a expansão do Direito Penal, sendo, portanto, uma prática de modernização da intervenção penal estatal.

Repise-se que a flexibilização dos direitos individuais não pode se tornar uma prática comum, sobretudo em um Estado Democrático de Direito, mas apenas deve ser utilizada em situações excepcionais, ou seja, quando tal medida for imprescindível para defesa da paz social, maior bem jurídico coletivo.

Diante do aumento quase infrene da criminalidade, o expansionismo do Direito Penal pode ser interpretado como um meio provisório de controle dessa criminalidade, provisório porque deve perfeitamente ser abolido com o advento de uma sociedade equilibrada, organizada e "sadia".

Vive-se, no tempo presente, uma realidade fomentada por diversos ciclos viciosos, a saber, drogas, corrupção, marginalização, violência, etc. que fomentam o estado de "anomia social". Um Estado anômano, consoante pregava Émile Durkheim, é um Estado "doente" em que as regras não são respeitadas.

Em razão da expansão da criminalidade e desse estado de "anomia social", a política de segurança deve, ainda que temporariamente, tornar-se mais rígida e intervencionista, devendo o Estado ser um mal necessário para combater a criminalidade, prevenindo a ocorrência de delitos da mesma natureza, de maneira a restabelecer a paz social.

O novo Direito Penal de segurança, segundo José Luis Díez[20], tem as seguintes características fundamentais:

> i. protagonismo da delinquência clássica; ii. prevalência do sentimento coletivo de insegurança; iii. valorização ou prevalência dos interesses da vítima; iv. populismo e politização; v. revalorização do componente aflitivo da pena; vi. retorno à pena privativa de liberdade como principal sanção; vii. ausência de receio social ante o amplo poder sancionador estatal.

É de fácil percepção, no contexto social, a presença do sentimento coletivo de insegurança tanto nos grandes centros urbanos quanto nas pequenas cidades e rincões do interior do país, razão pela qual se mostra necessária uma maior intervenção do Estado no controle da criminalidade para que seja minimizado o receio social.

O final do século XX foi marcado pelo aumento da criminalidade violenta e organizada, bem como pela difusão, por parte da grande mídia do sentimento coletivo de insegurança social, fatores que explicam a existência de restrições aos direitos e garantias individuais no próprio texto da Lei Maior, conforme lê-se no art. 5º, inciso XLIII:

> A lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem.

Ante os novos riscos que se fazem presentes no seio social, gerando um sentimento geral de insegurança, faz-se necessária uma maior proteção da sociedade, de maneira que o Direito Penal seja um instrumento efetivo de controle social, mediante a intervenção coativa do Estado em face da complexidade dos conflitos decorrentes da evolução social.

Frise-se que essa nova perspectiva de política criminal apenas insere no âmbito das garantias individuais uma carga de justiça material que emerge, como dito, das novas relações sociais, e como tal, mostra-se tão importante quanto as garantias fundamentais do cidadão. Ensina Luiz Gracia Martin[21]:

> [...] com o conceito de Estado social nunca se pretendeu nada distinto senão adaptar – e de modo algum eliminar – o Estado de direito tradicional às exigências da sociedade industrial e pós-industrial em razão da incapacidade do Estado liberal para fazer frente às mesmas e para uma realização material efetiva de seus postulados formais [...] No Estado social de Direito, as garantias só podem ser derivadas e compreendidas a partir de princípios normativos, mas de base necessariamente ontológica, cheios de conteúdos materiais de igualdade e justiça social [...]

É importante salientar que o fato criminoso, nesse novo contexto social, deixou de atingir apenas a vítima direta, tendo em vista que passou

a atentar contra objetividades jurídicas difusas, tal qual ocorre nos crimes de tráfico ilícitos de entorpecentes, lavagem de dinheiro, corrupção, etc. Assim, é fundamental a construção de uma nova política criminal que, respeitando as garantias penais do Estado de Direito, possa combater eficazmente esses novos conflitos que atormentam a sociedade.

7. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

A utilização do princípio da proporcionalidade leva ao equilíbrio entre a proteção do indivíduo contra o excesso de poderes estatais, por meio da previsão de restrições atentatórias aos direitos individuais, e a atuação insuficiente do Estado na manutenção da ordem pública.

Daniel Sarmento[22] ensina que o princípio em comento deve ser aplicado em sua tríplice dimensão, a saber, adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Nesse sentido, a restrição deve ser necessária para efetivação de um outro direito, de maneira que a restrição do direito antagônico seja a menor possível e que o benefício decorrente da restrição compense tal medida interventiva.

Atente-se que o Supremo Tribunal Federal já entendeu que a proibição da proteção deficiente é um aspecto positivo do princípio da proporcionalidade, conforme entende Gilmar Mendes[23]:

> Quanto a proibição de proteção insuficiente, a doutrina vem apontando para uma espécie de garantismo positivo, ao contrário do garantismo negativo (que se consubstancia na proteção contra os excessos do Estado) já consagrado pelo princípio da proporcionalidade. A proibição da proteção insuficiente adquire importância na aplicação dos direitos fundamentais de proteção, ou seja, na perspectiva do dever de proteção, que se consubstancia naqueles casos em que o Estado não pode abrir mão da proteção do direito penal para garantir a proteção de um direito fundamental.

Ainda sobre o princípio da proporcionalidade, é válido observar o pensamento de Lênio Streck[24]:

> Trata-se de entender, assim, que a proporcionalidade possui uma dupla face: de proteção positiva e de proteção de omissões estatais. Ou seja, a inconstitucionalidade pode ser decorrente de excesso do Estado, caso em que determinado ato é desarrazoado, resultando desproporcional o resultado do sopesamento (Abwagung) entre fins e meios, de outro, a inconstitucionalidade pode advir de proteção insuficiente de um direito fundamental-social, como ocorre quando o Estado abre mão do uso de determinadas sanções penais ou administrativas para proteger determinados bens jurídicos. Este duplo viés do princípio da proporcionalidade decorre da necessária vinculação de todos os atos estatais à materialidade da Constituição, e que tem como consequência a sensível diminuição da discricionariedade (liberdade de conformação) do legislador.

Nessa linha, pode-se dizer que o Estado deve atuar, tanto no âmbito investigativo quanto no âmbito judicial, não apenas buscando proteger os direitos e garantias individuais dos investigados e acusados, mas também deve proteger outros interesses tutelados na investigação ou processo, a citar, o direito de proteção dos direitos fundamentais violados pelo acusado, bem como de ter uma célere e eficaz pretação jurisdicional.

Assim, consoante o entendimento do próprio Supremo Tribunal Federal, o princípio da proporcionalidade tem caráter constitucional, visto que protege os direitos fundamentais. Sobre o princípio da proporcionalidade ensina Ingo Wolfgang Sarlet[25]:

> A noção de proporcionalidade não se esgota na categoria da proibição de excesso, já que abrange, (...), um dever de proteção por parte do Estado, inclusive quanto a agressões contra direitos fundamentais provenientes de terceiros, de tal sorte que se está diante de dimensões que reclamam maior densificação, notadamente no que diz com os desdobramentos da assim chamada proibição de insuficiência no campo jurídico-penal e, por conseguinte, na esfera da política criminal, onde

> encontramos um elenco significativo de exemplos a serem explorados.

Ademais, a própria Declaração dos Direitos Humanos das Nações Unidas, no seu art. 29, autoriza a limitação de certos direitos fundamentais em benefício da manutenção da ordem pública, conforme vê-se:

> toda pessoa tem deveres com a comunidade, posto que somente nela pode-se desenvolver livre e plenamente sua personalidade. No exercício de seus direitos e no desfrute de suas liberdades todas as pessoas estarão sujeitas às limitações estabelecidas pela lei com a única finalidade de assegurar o respeito dos direitos e liberdades dos demais, e de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática. [...]

Repise-se que a proteção dos direitos fundamentais individuais representa uma das maiores conquistas da humanidade, e assim sendo, devem ser tutelados e garantidos, sobretudo, em um Estado Democrático de Direito. Não obstante a importância de tais direitos para o cidadão, não é razoável que a proteção dos direitos fundamentais dos acusados seja um entrave à investigação e punição desses agentes, de modo a obstar a aplicação da justiça.

Assim, os mecanismos estatais de investigação da verdade real, por meio da colaboração premiada e da possibilidade da prisão preventiva, revelam-se meios necessários para retomada da eficiência do processo penal, e, consequentemente, para promoção da paz social.

A correta aplicação da lei penal não levará a extinção da criminalidade, pois esta advém de um gigantesco abismo social, mas significa um importante meio de combatê-la. O Estado deve, portanto intervir no seio social, para reduzir o acentuado desnível da sociedade hodierna, não substituindo, contudo, as políticas públicas essenciais à manutenção da organização social.

Como dito, o princípio da dignidade da pessoa humana, farol do ordenamento jurídico pátrio, limita o poder punitivo estatal, protegendo o indivíduo da arbitrariedade estatal, por meio da concessão de direitos,

privilégios e isenções. Entretanto, tal proteção não pode se sobrepor ao direito da coletividade de ter segurança.

É milenar a antítese existente entre a liberdade do homem e o poder punitivo estatal, haja vista que é inerente à condição humana o sentimento de liberdade, e assim sendo, em uma sociedade, a liberdade dos indivíduos que a integram deve ser controlada para manutenção dessa organização social. Portanto, no complexo integrado dos fatos sociais, o indivíduo luta pela sua liberdade, enquanto o Estado luta para controlar tais liberdades.

É cediço que em um Estado Democrático de Direito, a liberdade do homem tende a ser maximizada, enquanto o poder punitivo estatal tende a ser minimizado. Nesse contexto, a teoria do garantismo penal deve ser um meio termo entre o Estado de liberdade selvagem, carente de regras, e o Estado antiliberal, que abusa do seu direito de punir.

Logo, a ponderação de interesses revela-se o método mais adequado para que sejam sopesados os direitos individuais dos acusados e o direito coletivo à segurança pública. Sobre o tema, ensina Daniel Sarmento[26]:

> Também no direito brasileiro parece induvidoso, por exemplo, que a liberdade individual ostenta, sob o prisma constitucional, um peso genérico superior ao da segurança pública, o que se evidencia diante da leitura dos princípios fundamentais inscritos no art. 1º do texto magno. Isto, no entanto, não significa que em toda e qualquer ponderação entre estes dois interesses, a liberdade deve sempre prevalecer. Pelo contrário, em certas hipóteses em que o grau de comprometimento da segurança da coletividade for bastante elevado, esta poderá se impor em face da liberdade individual, mediante a ponderação de interesses.

Dessa forma, a técnica da ponderação de interesses é um instrumento de limitação de direitos, sempre de acordo com o bom senso e com o princípio da proporcionalidade.

8. CONCLUSÃO

Restou demonstrado que a interpretação deturpada da teoria do

garantismo penal mostra-se um entrave à prestação do direito coletivo de segurança pública. A criação de supostos postulados garantistas para defesa do acusado acaba, pois, dificultando a aplicação da lei penal e, conseguintemente, a efetivação de uma eficaz política de segurança pública.

Observe-se que, hodiernamente, tem-se interpretado a teoria do garantismo penal em defesa do acusado e em detrimento, muitas vezes, do direito fundamental de segurança pública pertencente à coletividade, razão pela qual se faz necessária uma análise acurada da teoria em estudo, em busca da sua verdadeira essência e da sua aplicação integral, tal qual propôs Luigi Ferrajoli.

É errônea a interpretação da teoria em testilha que privilegia os direitos fundamentais individuais do acusado, fazendo-os prevalecer, inclusive, sobre outros direitos e valores constitucionais, a citar, segurança e paz social. Nesse sentido, o garantismo penal integral propõe a proteção dos bens jurídicos individuais dos investigados, bem como a proteção eficaz da sociedade, assegurando, dessa forma, o direito fundamental à paz.

Assim, faz-se necessária uma releitura da teoria em comento a fim de que sejam evitadas interpretações distorcidas, e, com isso, seja possível uma mudança de perspectiva na política estatal de segurança pública, tornando legítimo o sistema penal, e, consequentemente, a política de segurança pública.

Não obstante a força do pensamento garantista, que considera a prisão preventiva ilegítima e capaz de provocar o enfraquecimento de todas as outras garantias penais e processuais do acusado, que já aceitou o direito à mentira, que entende ser a delação premiada um desvirtuamento dos princípios penais e processuais penais fundamentais, outros direitos devem ser protegidos, a citar, o direito fundamental à segurança, por meio de uma interpretação sistêmica e integral da Lei Maior.

A ponderação de interesses revela-se um meio adequado para se evitar o excesso de poder do Estado frente ao indivíduo, bem como para proteger a sociedade da ação de agentes criminosos, por meio da justa aplicação da lei penal. Frise-se que não se defende, no presente artigo, a mera intervenção do Estado nos direitos fundamentais individuais dos investigados, longe disso, o que se pretende demonstrar é a necessidade do equilíbrio entre tais direitos e o direito à segurança pública.

Para tanto, como dito, faz-se necessária uma interpretação da teoria do

garantismo penal, de maneira a evitar que a mesma seja utilizada como estratégia de defesa dos investigados, protegendo os direitos fundamentais individuais dos acusados em detrimento do direito coletivo à paz.

Urge, portanto, uma mudança do quadro atual de violência, que contribui com a derrocada do Estado de Direito, em razão da mitigação do seu dever de prestar segurança pública de maneira eficaz.

Nesse contexto, a restrição aos direitos fundamentais individuais revela-se necessária, em determinadas situações, para que o Estado se desincumba do seu dever de proteção, por meio da efetivação de uma política eficaz de combate à criminalidade.

Ante o exposto, é premente e necessária a interpretação integral da teoria do garantismo penal, para que sejam, efetivamente, protegidos os valores essenciais do ordenamento pátrio, a citar, os direitos dos acusados e os demais bens jurídicos relevantes para a sociedade, como o direito à segurança pública, e, por conseguinte, a cidadania e a dignidade da pessoa humana, fundamentos do Estado Democrático de Direito, visando a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

PERSPECTIVE OF CONSTITUTIONAL THEORY OF CRIMINAL GARATISMO

ABSTRACT: Nowadays, the theory Garantismo Legal (Legal Warranty) has been distorted and used as a defense strategy for the accused. It is notorious the mesinterpretation of the mentioned theory to protect exclusively the fundamental rights of the accused in detriment of the collectivity, such as public safety. It is possible to find in the phorensics practic, in doctrinary manifestations and even on jurisprudences, the quote of the warranty axiom, in a total distant way from the actual essence of the warranty system proposed by Luigi Ferrajoli. In this sense, is urgent the rewriting of this theory so it can be wisely pondered between protection of the rights of the accused and the collectivity's right to safety, assured by the preservation of the investigational and processual mechanisms needed for penal persecution. So in a marked society, specialy by the increasing of the criminality, there is nob space for unvirtued protectionism of the individual rights in detriment of the fair aplication of the incriminating laws and and an ostensive policy to fight criminality.

KEYWORDS: Penal warranty. Ponder. Public safety.

Notas

[1] FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão. 2. ed., revista e ampliada com, com introdução e índices onomástico e analítico. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2006, p. 511-512.
[2] RT, 656/374 apud CAPEZ, Fernando. Curso de processo penal. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2006, p. 265.
[3] ARAS, Vladimir. A mentira do réu e o artigo 59 do CP. In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (Org.). *Garantismo penal integral*. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 262-263.
[4] REsp 54.781/SP apud ARAS, Vladimir. Idem. p. 259.
[5] HC 96.219 MC/SP apud ARAS, Vladimir. Ibidem. p. 260/261.
[6] MARQUES, José Frederico apud ARAS, Vladimir. A mentira do réu e o artigo 59 do CP. In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (Org.). *Garantismo penal integral*. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 258.
[7] LIMA, Márcio Barra. A colaboração premiada como instrumento constitucionalmente legítimo de auxílio à atividade estatal de persecução criminal. In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (Org.). *Garantismo penal integral*. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 278.
[8] BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 24. ed., atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p. 562.
[9] FERRAJOLI, Luigi apud ALMEIDA NETO, Wilson Rocha de. A atividade de inteligência como instrumento de eficiência na tutela de direitos fundamentais. In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (Org.). *Garantismo penal integral*. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 141.
[10] CANOTILHO, José Joaquim Gomes apud ALMEIDA NETO, Wilson Rocha de. *A atividade de inteligência como instrumento de eficiência na tutela de direitos fundamentais*. Ob. cit. p. 142.
[11] SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na constituição federal*. 1ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003, p.61.
[12] SANTIN, Valter Foleto apud ALMEIDA NETO, Wilson Rocha de. *A atividade de inteligência como instrumento de eficiência na tutela de direitos fundamentais*. Ob. cit. p. 147.
[13] JELLINEK, Georg apud CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle judicial das omissões do poder público*. São Paulo: Saraiva, 2004.
[14] Ob. cit. p. 157/158.
[15] Ob. cit. p. 592.
[16] Ob. cit., p. 590/591.
[17] LISZT, Franz von apud BECHARA, Ana Elisa Liberatore S. Direitos humanos e o Direito penal: limites da intervenção penal racional no Estado Democrático de Direito. In: BOTTINI, Pierpaolo Cruz; MENDES, Gilmar Ferreira; PACELLI, Eugênio. Direito penal contemporâneo (Coord.). São Paulo: Saraiva, 2011, p. 157.
[18] MENDES, Gilmar Ferreira apud MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. 24 ed. São Paulo: Alas, 2009. p. 663.
[19] BECHARA, Ana Elisa Liberatore S. Direitos humanos e o Direito penal: limites da intervenção penal racional no Estado Democrático de Direito. In: BOTTINI, Pierpaolo Cruz; MENDES, Gilmar Ferreira; PACELLI, Eugênio. *Direito penal contemporâneo* (Coord.). São Paulo: Saraiva, 2011, p. 159.
[20] DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis apud BECHARA, Ana Elisa Liberatore S. Direitos humanos e o Direito penal: limites da intervenção penal racional no Estado Democrático de Direito. In: BOTTINI, Pierpaolo Cruz; MENDES, Gilmar Ferreira; PACELLI, Eugênio. *Direito penal contemporâneo* (Coord.). São Paulo: Saraiva, 2011, p. 168.
[21] MARTIN, Luiz Gracia apud SALGADO, Daniel de Resende. A elite do crime: discussão de resistência e laxismo penal. In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo

(Org.). *Garantismo penal integral*. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 69.
[22] Ob. cit. p. 104.
[23] Voto do Ministro Gilmar Ferreira Mendes no RE 418376/MS (j. 9.2.2006).
[24] STRECK, Lênio Luiz apud Gilmar Ferreira Mendes no RE 418376/MS (j. 9.2.2006).
[25] SARLET, Ingo Wolfgang apud MENDES, Gilmar Ferreira no RE 418376/MS (j. 9.2.2006).
[26] Ob. cit. p 103/104.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA NETO, Wilson Rocha de. A atividade de inteligência como instrumento de eficiência na tutela de direitos fundamentais. In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (Org.). *Garantismo penal integral*. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 141.

ARAS, Vladimir. A mentira do réu e o artigo 59 dp CP. In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (Org.). *Garantismo penal integral*. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 262-263.

BACIGALUPO, Enrique apud BECHARA, Ana Elisa Liberatore S. Direitos humanos e o Direito penal: limites da intervenção penal racional no Estado Democrático de Direito. In: BOTTINI, Pierpaolo Cruz; MENDES, Gilmar Ferreira; PACELLI, Eugênio. *Direito penal contemporâneo* (Coord.). São Paulo: Saraiva, 2011, p. 173.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore S. Direitos humanos e o Direito penal: limites da intervenção penal racional no Estado Democrático de Direito. In: BOTTINI, Pierpaolo Cruz; MENDES, Gilmar Ferreira; PACELLI, Eugênio. *Direito penal contemporâneo* (Coord.). São Paulo: Saraiva, 2011, p. 159.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 24. ed., atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p. 562.

CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (Org.). *Garantismo penal integral*. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 141.

CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2006, p. 265.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle judicial das omissões do poder público*. São Paulo: Saraiva, 2004.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*. 2. ed., revista e ampliada com, com introdução e índices onomástico e analítico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 511-512.

LIMA, Márcio Barra. A colaboração premiada como instrumento constitucionalmente legítimo de auxílio à atividade estatal de persecução criminal. In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas;

PELELLA, Eduardo (Org.). *Garantismo penal integral*. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 278.
LISZT, Franz von apud BECHARA, Ana Elisa Liberatore S. Direitos humanos e o Direito penal: limites da intervenção penal racional no Estado Democrático de Direito. In: BOTTINI, Pierpaolo Cruz; MENDES, Gilmar Ferreira; PACELLI, Eugênio. *Direito penal contemporâneo* (Coord.). São Paulo: Saraiva, 2011, p. 157.
MARTIN, Luiz Gracia apud SALGADO, Daniel de Resende. A elite do crime: discussão de resistência e laxismo penal. In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (Org.). *Garantismo penal integral*. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 69.
MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 24. ed. São Paulo: Alas, 2009. p. 663.
SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. 1. edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003, p.61.
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, *RE 418376/MS*, Ministro Relator: Marco Aurélio, Data do Julgamento: 09/02/2006.