

ISSN 1415-4951
(versão impressa)

REVISTA

EMERJ

Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - Vol. 10 - Nº 40 - 2007

10
anos da Revista



ISSN 1415-4951
(versão impressa)

REVISTA DA
EMERJ

v. 10 - n. 40 - 2007
Outubro/Novembro/Dezembro

Rio de Janeiro

© 2007, EMERJ

Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ

Revista doutrinária destinada ao enriquecimento da cultura jurídica do País.

Conselho Editorial:

Min. Carlos Alberto Menezes Direito; Des. Semy Glanz; Des. Laerson Mauro; Des. Sergio Cavalieri Filho; Des. Wilson Marques; Des. Eduardo Sócrates Castanheira Sarmento; Des. Jorge de Miranda Magalhães; Des. Paulo Roberto Leite Ventura; Min. Luiz Fux; Des. Letícia de Faria Sardas; Des. José Carlos Barbosa Moreira; Des. Décio Xavier Gama; Des. Jessé Torres Pereira Júnior.

Coordenador Editorial: Des. Décio Xavier Gama

Produção Gráfico-Editorial: Divisão de Publicações da EMERJ

Editor: Irapuã Araújo (MTb MA00124JP); *Editoração:* Valéria Monteiro de Andrade;

Editoração *website*: Jaqueline Diniz; *Capa:* André Amora; *Revisão ortográfica:* Suely Lima e Thereza Andrade .

Apoio Cultural: Banco do Brasil

Responsável pela Impressão: Editora Espaço Jurídico.

Tiragem: 4.000 exemplares

Revista da EMERJ. v. 1, n. 1 - EMERJ, 1998.	Rio de Janeiro:
v.	
Trimestral - ISSN 1415-4951	
V. 1, n. 4, 1998: Anais da 4ª Semana de Integração Jurídica Interamericana	
Número Especial 2003. Anais dos Seminários EMERJ Debate o Novo Código Civil, parte I, fevereiro a junho 2002.	
Número Especial 2004. Anais dos Seminários EMERJ Debate o Novo Código Civil, parte II, julho/2002 a abril/2003.	
Edição Especial 2007. Comemorativa do Octogésimo Ano do Código de Menores Mello Mattos.	
1. Direito - Periódicos. I. Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ.	
	CDD 340.05
	CDU 34(05)

Todos os direitos reservados à

Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ

Av. Erasmo Braga, 115/4º andar - CEP: 20020-903 - Rio de Janeiro - RJ

Telefones: (21) 3133-3400 / 3133-3471 / 3133-3376 - Fax: (21) 2533-4860

www.emerj.rj.gov.br - emerjpublicacoes@tj.rj.gov.br



Diretoria da EMERJ

Diretor-Geral

Des. Paulo Roberto Leite Ventura

Conselho Consultivo

Des. Roberto Wider

Des. Ronald dos Santos Valladares

Des. Luiz Fernando Ribeiro de Carvalho

Des. Nildson Araújo da Cruz

Des. José Carlos Maldonado de Carvalho

Des. Antonio Carlos Esteves Torres

Presidente da Comissão Acadêmica

Des. Newton Paulo Azeredo da Silveira

Presidente da Comissão de Iniciação e Aperfeiçoamento de Magistrados

Des. Índio Brasileiro Rocha

Coordenador dos Núcleos de Representação

Des. Amaury Arruda de Souza

Coordenador da Revista da EMERJ

Des. Décio Xavier Gama

Secretária-Geral de Ensino

Rosângela Pereira Nunes Maldonado de Carvalho

Assessora do Diretor-Geral

Maria de Lourdes Cardoso da Rocha



Apresentação

Na apresentação da Revista anterior, relativa ao trimestre julho a setembro, já demos notícia de que a Revista da EMERJ estava próxima de completar 10 anos desde a sua primeira edição no primeiro trimestre de 1998. Pois, este é o nosso 40º número, que se edita neste último trimestre de 2007. Para nós, da Escola da Magistratura do Rio, consideramos fato significativo o decurso desses 10 anos, com a edição da Revista sem dificuldades.

Não poderíamos comemorar, de forma melhor, o êxito desses primeiros 10 anos, senão destacando os oitenta anos da obra admirável que foi o primeiro Código de Menores do Brasil, de autoria do Juiz de Direito, José Cândido de Albuquerque Mello Mattos, na sua gestão também, de primeiro Magistrado a ocupar a Vara especializada, na cidade do Rio de Janeiro.

Em 12 de outubro de 1927, foi sancionado o Decreto nº 17.943-A, que consolidou as leis de assistência e proteção a menores e passou a constituir o Código de Menores, também o primeiro da América Latina. Esse Código serviu de modelo e norteou o tratamento dos direitos do menor e das questões que envolvessem seus interesses, em nosso país e em outros. Foi o que assinalou o jurista espanhol, Dr. Luiz Mendizábal, segundo aponta o Desembargador Alyrio Cavallieri, em primoroso artigo da edição especial, desta Revista. Conhecido como Código Mello Mattos, foi ele apontado como obra singular por autores de nomeada, mesmo quando substituído por outro. A edição especial sobre o tema está sendo lançada juntamente com este número, e reúne colaborações sobre questões diversas relacionadas à temática dos adolescentes.

A população cresceu no Brasil. Infelizmente não temos sinais de solução breve para os problemas do tratamento e adequada educação para adolescentes tão atraídos, muito cedo, na idade, para os desvios de conduta e para a prática de atos infracionais.

Décio Xavier Gama

Desembargador - Coordenador da REVISTA DA EMERJ



SUMÁRIO

O Juiz Criminal: entre a Neutralidade, os Direitos Fundamentais e a Pressão Social pelo Combate à Criminalidade 17

Paulo Roberto Leite Ventura

*Desembargador. Presidente da 1ª Câmara Criminal do TJ/RJ.
Diretor-Geral da EMERJ.*

O grave problema da segurança pública que prova a desesperança e pânico coletivo e gera reações sem propósito. Sugestão de medidas violentas de combate à criminalidade. Fenômeno que se repete em muitas partes do mundo sob a forma de expansão do terrorismo; ineficiência do Estado para combater o crime organizado. O narcotráfico em locais de difícil acesso à ação policial (favelas). O aliciamento e corrupção da juventude. 25 dos 77 incisos do art. 5ª da C.F. tratam da validade da prisão e dos direitos fundamentais dos presos. Decisões judiciais que precisam ser fundadas em princípios legais coerentes e não em atos de mera vontade, ou de sentimento pessoal. A opinião do Prof. Herbert Wechsler e do constitucionalista Luís Roberto Barroso sobre o conceito de neutralidade. O dever de examinar a prova e não apenas contemplá-la ou deixar de colhê-la. Observância da ética na condução do processo pelo juiz. O Direito Penal mínimo, que compreende princípios de: 1) Intervenção mínima, 2) Lesividade, 3) Adequação social, 4) Individualização da pena, 5) Proporcionalidade, 6) Responsabilidade pessoal, 7) Limitação das penas, 8) Culpabilidade, 9) Legalidade. O conceito de J. C. Barbosa Moreira. O conceito de imparcialidade e neutralidade do Juiz. Pode o Juiz, de ofício, determinar a produção de prova para firmar o seu convencimento. Os arts. 155 e 157 do CPP.

Loteamento Fechado, Associação de Moradores. Imposição do Rateio Associativo a Quem não é Associado **26**

Maria Cristina de Brito Lima

Juíza de Direito da 5ª Vara Cível da Barra da Tijuca - TJ/RJ. Mestranda em Ciências Jurídico-políticas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

Nei Pinto Baptista

Advogado. Conciliador no Juízo da 5ª Vara Cível da Barra da Tijuca - RJ.

1. Introdução. 2. Parcelamento do solo; 2.1 Legislação pertinente; 2.2. O loteamento ou desmembramento; 2.3 Etapas do parcelamento. 3. Bens públicos; 3.1. Conceito; 3.2. Alienação de bens públicos; 3.3. Utilização privativa de bens públicos. 4. Loteamento fechado e seus envolvimentos; 4.1. Conceito; 4.2. O ato constitutivo da associação: o seu último Estatuto. 4.3. A legalização do fechamento; 4.4. Conseqüências do fechamento; 4.4.1. Com relação aos entes públicos; 4.4.2. Com relação ao proprietário do lote. 5. Associação de moradores de loteamento fechado; 5.1. A obrigatoriedade de atender ao rateio associativo; 5.2. A vinculação do proprietário à associação. 6. Julgados relativos à matéria. 7. Peculiaridades do Município do Rio de Janeiro. 8. Considerações finais.

Abandono Moral

Simone Ramalho Novaes

Juíza de Direito Titular da 2ª Vara Cível da Região Oceânica de Niterói - RJ.

Questão polêmica capaz de gerar, para os filhos, dificuldades no trato com o cônjuge que não detém a guarda. Julgados dos TJ do RS, SP e MG e entendimento em sentido contrário do STJ (4ª Turma) - Ministros Barros Monteiro e Fernando Gonçalves. A Lei nº 8.069/90 em seu art.19, que reproduziu a norma Constitucional. Comentários de Maria do Rosário Leite Cintra ao ECA (arts. 19 e 21/22). O poder familiar do Código Civil. A opinião de Sergio Cavalieri e de Maria Celina Bodin de Moraes.

40

O Bem-estar em um Estado de Desigualdade e de Autonomias Político-Administrativas. Autonomia *Versus* Igualdade 46

Daniela Bandeira de Freitas

Juíza de Direito do TJ/RJ. Pós-graduada pela PUC - Rio.

1. Introdução. 1.1. Objeto. 1.2. Metodologia. 2. O Estado do bem-estar e os direitos sociais, econômicos e culturais como opção política constitucional de justiça social. 2.1. O Estado de bem-estar como Estado social. 2.2. O princípio da igualdade no Estado social. 3. Como funciona o princípio da igualdade no Estado de autonomias político-administrativas? 3.1. A dicotomia: igualdade *versus* descentralização. 3.2. A dicotomia no Estado federal brasileiro. 3.3. A igualdade como limite à descentralização. 4. Autonomia *versus* igualdade. 4.1. Os mecanismos jurídicos de solução da dicotomia e o critério da equiparação das condições de vida. Considerações finais.

O Novo Aproveitamento do Mandado de Injunção 68

Eduardo Ribeiro Moreira

Professor de Direito Constitucional da EMERJ e de Pós-Graduação da Universidade Cândido Mendes.

1. O novo aproveitamento do Mandado de Injunção. 2. A efetividade do Direito Constitucional Processual. 3. Diferenças entre o Mandado de Injunção e a Ação de Inconstitucionalidade por Omissão. 4. Conclusão.

Dano Moral Por Uso de Imagem do Empregado 83

José Geraldo da Fonseca

Magistrado do TRT/RJ. Professor da EMERJ.

1. Introdução. 2. Conceito de dano moral. 3. "O preço da dor". 4. Pressupostos genéricos de aferição do dano moral. 5. Conceito de imagem. 6. Contrato de trabalho e uso de imagem. 7. Prescrição. 8. Conclusão.

Obrigação Alimentar e o Descabimento de sua Atualiza o pelo IGP-M 101

Maria Berenice Dias

Desembargadora no TJ/RS. Expositora da EMERJ. Vice-Presidente do IBDFAM.

Altera es, de ofício, de critério de  ndice de corre o da obriga o alimentar: de s lrio mínimo para a importância certa em dinheiro com atualiza o pelo IGP-M. Decisão em segunda instância, sem que as partes tenham requerido tal forma de modifica o. Apela o do alimentando e *reformatio in pejus*. Inten o de corrigir o encargo pelo  ndice de infla o. Mais adequado seria o IPCA como critério. O s lrio-mínimo com a vantagem da simplicidade e da proporcionalidade.

Carta de 1988. Ideário e Realidade. Reflexões sobre o Nosso Dever de Magistrados 107

Luiz Felipe da Silva Haddad

Desembargador do TJ/RJ.

Os quase 20 anos da Constitui o de 1988, a terceira em dura o de todas no Brasil. Os muito diferentes tempos de vigência que são percebidos nas Cartas latino-americanas, com as numerosas revolu es ou golpes que mudam a Constitui o ou a substituem por outra. A exce o da Argentina, que tem a sua vigente desde 1853, com as grandes reformas de 1957 e 1994. A Constitui o de 1988, já com muitas emendas (mais de 50), caracterizou-se pelas cláusulas pétreas, pela forma federativa de estado, pelo voto direto, secreto e universal, pela separa o dos poderes e por direitos e garantias individuais. Omissões; texto e crítica que podem ser formuladas. Estudo desse texto e aprecia o de várias questões e d vidas que emergem da Carta de 1988.

Decadência e Prescrição no CDC: Vício e Fato do Produto e do Serviço 117

José Carlos Maldonado de Carvalho

Desembargador do TJRJ.

1. Introdução. 2. Decadência e prescrição: distinção doutrinária. 3. Fato e vício do produto e do serviço. 4. Decadência e prescrição no CDC. 5. Prazos decadenciais. 6. Prazos prescricionais. 7. Causas impeditivas. 8. O direito em ação. 9. Conclusão.

Repercussão Geral: Um Passo a Mais na Difícil Trilha de Construção da Vinculatividade das Decisões Judiciais 129

Vanice Lírio do Vale

Procuradora do Município do Rio de Janeiro. Doutora e Mestre em Direito pelas Universidades Gama Filho e Estácio de Sá.

1. Origem da repercussão geral como pauta de prioridade da Reforma do Judiciário: os trabalhos legislativos da EC 45. 2. Repercussão geral qualitativa e quantitativa: saudável instrumento de diálogo entre as instâncias jurisdicionais. 3. Apontamento inicial da repercussão geral para autorizar cabimento recursal. Análise pelo Tribunal *a quo*. 4. A seqüência da análise da existência da repercussão geral - a apreciação pelo STF. 5. A vinculatividade insinuada - ou sobre como o legislador oblíquo é também responsável pela sobrecarga do Judiciário. 6. Imperativos de adaptação a uma nova matriz de raciocínio decorrente da subordinação das decisões judiciais.

O Uso dos Precatórios no Sistema Jurídico Brasileiro e a Ação de Repetição de Indébito Tributário 158

Cláudio Carneiro B. P. Coelho

Procurador Municipal. Professor da EMERJ. Mestre e Pós-Graduado em Direito Tributário. Professor de Pós-Graduação e de Curso de Mestrado.

1. As expressões "em virtude de sentença judiciária" e "Fazenda Pública".
2. Exceção ao sistema do precatório.
3. Renúncia do valor excedente e fracionamento de precatório.
4. A ação de repetição de indébito.
5. O uso do precatório em matéria tributária.
6. Conclusão.

Apontamentos sobre o Princípio da Confiança Legítima no Direito Brasileiro 177

Raphael Manhães Martins

Advogado e Professor da UERJ. Pós-Graduado pela FGV.

1. O princípio da confiança legítima.
2. Da necessidade de uma efetiva proteção da confiança legítima.
3. Análise do princípio da confiança legítima no ordenamento brasileiro.
- 3.1. Segurança jurídica, boa-fé e o princípio da confiança legítima.
4. Critérios para aplicação do princípio da confiança legítima: uma proposta.
5. Conclusões.

Evolução do Ato Administrativo e a sua Destipificação na Atividade Regulatória 191

Mario Augusto Figueiredo de Lacerda Guerreiro

Advogado e Professor.

1. Origens do ato administrativo.
2. Ato administrativo no Estado liberal.
3. A transição para o Estado social.
- 3.1. Transformações do ato administrativo.
- 3.2. Destipificação do ato administrativo.
4. A falência do Estado social e a passagem ao Estado pós-social.
- 4.1. O ato administrativo no Estado pós-social.
- 4.2. O aprofundamento da destipificação.
5. A atividade regulatória e o Estado pós-social.
6. Conclusão: a destipificação do ato administrativo na atividade regulatória.

Responsabilidade Penal dos Adolescentes e Medidas Socioeducativas 210

Guaraci de Campos Vianna

Juiz de Direito Titular da Vara da Infância e da Juventude da Capital/RJ.

Bases para as mudanças sugeridas. Idade de responsabili-

dade penal. Natureza penal das medidas socioeducativas. Necessidade de criação de uma Vara de Execuções de medidas socioeducativas no Rio de Janeiro. Dados estatísticos. O papel do Poder Judiciário na ressocialização dos adolescentes. Carências do Poder Executivo. Do risco da reiteração de condutas infracionais. Mudanças sugeridas na Lei 8.069/90. Parte criminal-infracional. Responsabilização penal do adolescente. Pontos para debate. Conclusões.

Apontamentos sobre Honorários Advocatórios na Fase de Cumprimento da Sentença no Processo Civil

243

Agostinho Teixeira de Almeida Filho

Desembargador do TJ/RJ. Integrante do Forum de Direito do Consumidor da EMERJ.

As modificações da Lei nº 11.232/05 na execução de título judicial e esta, como fase do processo de conhecimento. O problema da condenação em honorários de advogado. A omissão a esse respeito do art. 475-J. Sincretismo entre o processo de conhecimento e o de execução. A lição de J. C. Barbosa Moreira: "O que a lei não pode fazer, porque contrário à natureza das coisas, é torná-los iguais". A opinião do Prof. Cassio Scarpinella Bueno, Doutor em Direito Processual da PUC de São Paulo.

Dano Moral e Coletivo

247

Leonardo Roscoe Bessa

Promotor de Justiça, Mestre em Direito Público pela UnB, Doutorando em Direito Civil pela UERJ. Professor convidado em cursos de Pós-graduação de Direito do Consumidor e Direito Civil da Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS e Faculdade de Vitória - FDV.

1. Introdução. 2. Direitos coletivos (*lato sensu*): 2.1 Direitos coletivos, difusos e individuais homogêneos. 3. Dano moral coletivo: 3.1 Previsão legal. 3.2 Revisão bibliográfica. 4. Aproximação com o direito penal e função punitiva da

responsabilidade civil. 5. Dano moral (individual). 6. Dano moral coletivo: dano extrapatrimonial com função punitiva. 7. Superior Tribunal de Justiça.

Princípios Gerais do Novo Código Civil 284

Antonio Augusto de Toledo Gaspar

Juiz de Direito da 2ª Vara Cível - São Gonçalo - RJ.

O Direito Civil Constitucional. O Direito Público e o Direito Privado. As Leis 8.078/90 e 8.245/91. Os princípios da eticidade, operacionalidade e da proporcionalidade, na proteção da pessoa humana.

Teoria Geral, Poderes e Limites das Comissões Parlamentares de Inquérito 288

Leonardo Scofano Damasceno Peixoto

Defensor Público do Estado de São Paulo. Formado pelo Curso de Preparação à Carreira da Magistratura-EMERJ. Pós-graduado em Direito Público e Direito Privado pela EMERJ e pela Estácio de Sá.

1. Breve histórico e natureza jurídica. 2. Princípios norteadores. 3. A CPI como instrumento de controle e fiscalização político-administrativa. 4. Poderes e limites investigatórios das comissões parlamentares de inquérito. 5. Conclusão.

Colaboraram neste Número

- Agostinho Teixeira deAlmeida Filho, 243
Antonio Augusto de Toledo Gaspar, 284
Claudio Carneiro B. P. Coelho, 158
Daniela Bandeira de Freitas, 46
Eduardo Ribeiro Moreira, 69
Guaraci de Campos Vianna, 210
José Carlos Maldonado de Carvalho, 117
José Geraldo da Fonseca, 83
Leonardo Roscoe Bessa, 247
Leonardo Scofano Damasceno, 288
Luiz Felipe da Silva Haddad, 107
Maria Berenice Dias, 101
Maria Cristina de Brito Lima, 26
Mário Augusto Figueiredo de Lacerda Guerreiro, 191
Nei Pinto Batista, 26
Paulo Roberto Leite Ventura, 17
Raphael Manhães Martins, 177
Simone Ramalho Novaes, 40
Vanice Lírio do Valle, 129



O Juiz Criminal: Entre a Neutralidade, os Direitos Fundamentais e a Pressão Social pelo Combate à Criminalidade

Paulo Roberto Leite Ventura

*Desembargador Presidente da 1ª Câmara
Criminal - TJ/RJ. Diretor-Geral da EMERJ.*

Todos sabemos que vivemos um ambiente de desesperança e pânico coletivo, altamente comprometedor para um projeto democrático duradouro, uma vez que a histeria presente no campo da segurança pública tem gerado reações irracionais e reacionárias em face da questão da violência urbana, principalmente no Rio de Janeiro e em São Paulo, preconizando-se desde a adoção da pena de morte para delinqüentes de todo tipo, passando por operações militares violentas e indiscriminadas em favelas e núcleos de pobreza da população civil, até a utilização de extraordinárias providências de estabilização da ordem pública, como o estado de sítio e o estado de defesa, previstos nos artigos 136 e 137 da Constituição Federal, invariavelmente acompanhados de uma conseqüente supressão de direitos e garantias fundamentais de todos.

Esse fenômeno, em maior ou menor escala, tem hoje feição mundial, assentando-se na deteriorização do tecido social, na violência urbana e ineficiência do Estado para enfrentá-la, na expansão mundial do terrorismo, do crime organizado, do narcotráfico e das operações de lavagem de dinheiro obtido por meios ilícitos.

A escalada da violência nos centros urbanos brasileiros, especialmente a violência gerada pelas facções de narcotraficantes, que explode nas favelas e se irradia para os logradouros edificadas, tem atingido entre nós proporções extremas e insuportáveis.

Focalizando nossa cidade, sabe-se que em algumas comunidades de favelas a ação policial está tacitamente impedida de ocorrer, salvo se acompanhada de operações especiais das forças de elite - BOPE e CORE -, deixando seus moradores, depois que o sol se põe, à mercê da ação imprevisível, tresloucada e violenta dos traficantes.

Inevitavelmente, toda uma juventude acabou perdida no narcotráfico, já que um em cada quatro adolescentes que habitam nas favelas trabalha para as referidas quadrilhas, sejam aliciados por ameaças de violência ou pela ilusão de vantagens, principalmente uma boa e imediata remuneração, mas, quase sempre, terminando sua existência em morte prematura e violenta.

As instituições públicas repressivas, para alcançar maior eficiência no combate à escalada da criminalidade, acabam alterando seus mecanismos de controle e prevenção de delitos, seja aumentando o caráter punitivo das normas penais, seja liberando o processo de persecução criminal das garantias investigatórias e processuais incluídas na pauta constitucional dos direitos fundamentais do homem. Com isso, as liberdades civis ficam drasticamente comprometidas.

A atuação do aparelho repressor do Estado, desnaturado pela elitização de suas finalidades, aprofunda, a todo instante, as discriminações sociais e econômicas, fazendo com que os cidadãos insuspeitos e com a fachada do médio e alto poder aquisitivo sejam os sujeitos de direito das políticas de segurança pública, enquanto os excluídos da riqueza e prestígio sejam objeto da ação policial. A esses últimos não se reconhecem os mesmos direitos e inviolabilidades constitucionais considerados intocáveis quando aplicados às pessoas das classes média e alta da sociedade brasileira, notadamente as garantias da presunção de inocência e do devido processo legal, que devem obrigatoriamente condicionar os procedimentos investigatórios e da prisão.

A Constituição de 1988 dedica inúmeros preceitos aos requisitos e condições de validade da prisão e, ainda, aos direitos fundamentais dos presos. São cerca de 25 dentre os 77 incisos do artigo 5º do Estatuto Supremo dispendo sobre essa relevante matéria, o que soma praticamente 1/3 do capítulo relativo aos direitos e deveres individuais e coletivos. São normas que tratam, dentre outros temas, da individualização da pena, da proscricção de determinadas penas, do respeito à integridade física e moral do preso, de direitos específicos das presidiárias, do regime constitucional da investigação criminal, das condições de juridicidade do ato de prisão, até desaguar na garantia secular do *habeas corpus*.

Abordando o Juiz Criminal entre a neutralidade, os direitos fundamentais e a pressão social pelo combate à criminalidade, começaria por dizer que o que caracteriza as decisões judiciais, com realce para aquelas proferidas no campo penal, em contraste com atos de outros Poderes, é a necessidade de que sejam fundadas em princípios coerentes e constantes, e não em atos de mera vontade ou sentimento pessoal, presos aos princípios fundamentais de direito, afastados de qualquer pressão que a sociedade, por seus diversos segmentos, possa exercer no combate à criminalidade.

Quero dizer, desde logo, que quem julga com os olhos fechados e pensando apenas no resultado imediato, em razão da função das próprias simpatias ou preconceitos, não há dúvida de que regride visivelmente ao governo dos homens. Tenho para mim, e neste ponto comungo com o entendimento do professor Herbert Wechsler, da Universidade de Coimbra, que se alguém toma decisões levando em conta o fato de que a parte envolvida é um sindicalista, um delinqüente contumaz, um perigoso, um negro ou um separatista, por exemplo, terá de admitir que pessoas outras, de crenças, índole e raça diversas possam, diante dos mesmos fatos, julgar diferentemente, destacando este renomado constitucionalista que "*Nenhum problema é mais profundo em nosso constitucionalismo do que este tipo de avaliação e de julgamento ad hoc.*"

O nosso festejado constitucionalista, o eminente professor Luiz Roberto Barroso, leciona que a *neutralidade* é um conceito possivelmente mais complexo de se delinear do que o da objetividade. A

objetividade busca uma razão científica de validade geral. A neutralidade se dilui em muitos aspectos diferentes. Alguns deles não são de difícil implementação, como a *imparcialidade*, que traduz a ausência de interesse imediato na questão, e a *impessoalidade*, ou seja, atuação pelo bem comum, e não para o favorecimento de alguns. Para que sejam atendidos os princípios da imparcialidade e da impessoalidade, basta que o Juiz Criminal tenha seriedade firme e vontade deliberada, para alcançar bem feita prestação jurisdicional.

Contudo, a neutralidade pressupõe algo impossível, à primeira vista, conduzindo o magistrado para uma postura indiferente ao produto final do seu trabalho.

Sabemos todos, juízes que somos, que há uma infindável quantidade de casos que são decididos pelo Judiciário que não mobilizam o Juiz em nenhum sentido que não o de burocraticamente cumprir seus deveres. Porém, outros tantos casos existem que envolvem a escolha de valores alternativamente possíveis, circunstância que exige do Juiz uma análise de prova mais cautelosa e detida, sem afetar nem subverter a distribuição da aguardada justiça.

Em princípio, logo vem à mente que, idealmente, o Juiz deve ser sempre neutro, porque é possível conceber, pela sua formação moral e intelectual, que ele seja racionalmente preparado e educado para a compreensão, para a tolerância, para a capacidade de entender tudo aquilo que é diferente, seja o homossexual, o criminoso, o miserável ou o mentalmente enfermo.

O Juiz não pode ignorar o ordenamento jurídico, porém, com base em princípios constitucionais, aos quais deve manter-se sempre atrelado, poderá paralisar a incidência da norma no caso concreto, ou buscar-lhe novo sentido, sempre que possa motivadamente demonstrar sua incompatibilidade com as exigências de razoabilidade e justiça que são sempre subjacentes ao ordenamento. O magistrado jamais deverá se conformar com a aplicação mecânica da norma, eximindo-se de sua responsabilidade em nome da lei, supondo que, assim procedendo, está no estrito cumprimento do dever. Também não deve o magistrado, sobretudo no campo pessoal, ser um contemplador impassível da prova, eximindo-se da sua colheita.

Em sua clássica obra **Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica**, o professor Plauto Faraco de Azevedo, advertindo que o juiz não deve e não pode ser um mero expectador do caminhar do processo, afirmou que *"preso a uma camisa de força teórica que o impede de descer à singularidade dos casos concretos e sentir o pulsar da vida que neles se exprime, esse juiz, servo da legalidade e ignorante da vida, o mais que poderá fazer é semear a perplexidade social e a descrença na função que deveria encarnar e que, por essa forma, nega. Negando-a, abre caminho para o desassossego social e a insegurança jurídica"*.

Em apertada síntese, posso afirmar que há neutralidade possível, o que nos remete ao campo da ética do juiz no processo, sobretudo no que pertine o seu comportamento na condução da causa. O agir do juiz, no processo, é univocamente determinado, porque tem ele, como meta precípua, fazer justiça, certo de que na legislação processual há uma lista de atribuições que o juiz deve exercer no comando do processo, e também a Lei Orgânica da Magistratura se ocupa do assunto, enumerando uma série de deveres do juiz.

Assim, a pressão social pelo combate à criminalidade é uma forma sadia de a sociedade reclamar da justiça, do seu desaparecimento, da sua morosidade, de seus custos e de suas mazelas. Porém não pode ser compreendida como forma de inibir ou coagir o magistrado no desempenho da sua função judicante, que, além de justa, requer coragem.

Ouso dizer que o momento está a ditar que é hora de reformar, transformando o que é arcaico, agilizando o que é moroso, clareando o caminho com luz de esperança para que por ele possa caminhar todo aquele que tem sede e fome de justiça.

Sob o aspecto criminal, na verdade, precisamos de um juiz novo para um novo direito, ou seja, juízes que tenham a coragem de romper a multidão aflita e contemplativa para assumir, corajosamente, um novo papel social e político mais ativo, em face do direito novo. Destaco, como direito novo, a forte corrente que aplaude o Direito Penal mínimo, ao qual ainda não me filiei, mas respeito seus princípios indispensáveis, como: 1) intervenção mínima; 2) lesividade; 3) adequação social; 4) individualização da pena; 5)

proporcionalidade; 6) responsabilidade pessoal; 7) limitação das penas; 8) culpabilidade e 9) legalidade. Reconheço que esta vertente do Direito Penal Novo apregoa, em síntese, ser a finalidade do Direito Penal a proteção tão-somente dos bens necessários e vitais ao convívio em sociedade, tendo como primeira missão a de orientar o legislador quando da criação ou revogação dos tipos penais.

Penso que os juízes de hoje não mais poderão ser devotos do código, legalistas formais ou escravos da lei, quando na verdade deverão estar preparados culturalmente para identificar e conhecer, com absoluta sensibilidade, os fenômenos sociais que instruem e informam a criação do Direito Penal Novo e que estão presentes no momento da sua efetiva aplicação, sem esquecer que toda prioridade deve ser direcionada à pessoa humana, sem privilégios ou discriminações.

O juiz moderno, mais do que domínio das técnicas jurídicas, precisa ter consciência de que concretiza ou sepulta valores, porque ele é o guardião das promessas do constituinte, cabendo asseverar que o juiz moderno não é só o guardião, mas o concretizador das promessas do constituinte. Ele é o garante, é o avalista e é o implementador de tudo aquilo que o povo, mediante seus representantes, quis que a justiça propiciasse à nação. O juiz moderno, sobretudo no campo penal, é o mais eficaz remédio contra a implosão das sociedades democráticas, que não conseguem administrar satisfatoriamente a complexidade e a diversificação que elas mesmas geraram.

Contudo, no tocante ao juiz, uma questão que avulta, do ponto de vista ético, é a sua imparcialidade. Da lição do eminente Professor José Carlos Barbosa Moreira, recolhe-se a seguinte advertência: "é claro que à luz de direitos fundamentais, concebidos como aqueles que fazem parte da essência e da substância da Constituição, está a imparcialidade do juiz, capaz de manter o equilíbrio entre as partes, podendo ser destacada como marca característica da jurisdição, certo que a jurisdição caracteriza-se por entregar a sorte das pessoas a um terceiro, o juiz, por definição imparcial, mas, às vezes, nota-se certa tendência a confundir imparcialidade com neutralidade. Penso que o juiz deva ser sempre imparcial, mas não deve

ser neutro, evidentemente se dermos a esse adjetivo o sentido de 'indiferente à sorte do pleito'. O juiz, como lógico, não pode e não deve ser indiferente à sorte do pleito. Ao contrário, ele tem de se preocupar em fazer, na medida do possível, que o pleito chegue a um resultado justo. O juiz deve desejar ardentemente que vença quem tem a razão e, para isso, ele deve utilizar todos os meios a seu alcance, inclusive, por exemplo, a determinação de medidas de providências probatórias *ex-officio*. Esse tema, não só na doutrina processual civil e muito mais na doutrina processual penal, tem sido muito discutido. Pergunta-se: deve o juiz poder determinar de ofício medidas probatórias independentemente, pois, da iniciativa de qualquer das partes? A regra insculpida no artigo 129, I, da Constituição Federal, abolindo o procedimento judicialiforme, estatui que, dentre as funções institucionais do Ministério Público, está a competência de promover, privativamente, ação penal pública, na forma da lei, o que conduziria ao entendimento de que aquele que promove a ação é quem deve produzir as provas que julgar necessárias para o deslinde da causa. Mas, por outro lado, tem-se que entender que o juiz pode, de ofício, produzir tantas provas quantas necessárias para firmar o seu juízo de convicção, por várias razões, dentre as quais destaco as mais importantes: 1) julgar nada mais é do que, em última análise, aplicar as normas a fatos, e para julgar bem é preciso conhecer bem as normas e é preciso conhecer bem os fatos. Se, portanto, não vêm aos autos, por obra das partes, como é mais comum, as provas necessárias para que o juiz forme a sua convicção a respeito dos fatos, nada pode haver de censurável, muito ao contrário, em que ele próprio procure informar-se a respeito, naturalmente preservadas todas as garantias que a Constituição e as leis outorgam aos jurisdicionados. Quando assim proceder, o juiz não o faz para colher provas visando a condenação, como argumentam alguns, mas, como evidente, para julgar seguramente a causa, fazendo a esperada justiça".

À luz da lei processual penal, consoante dispõem os artigos 155 a 157, destacando para esclarecer o julgamento em segundo grau de jurisdição, o Desembargador, ao receber um processo para julgar um recurso, pode, legitimamente, converter o julgamento em

diligência para colheita de outras provas, assim não se mostrando neutro à sorte do pleito, sempre que se convencer de que a prova colhida é insuficiente, sobretudo quando há possibilidade condenatória acentuada ou possibilidade condenatória tênue. Colhidas novas provas, à luz dos princípios da publicidade e do contraditório, a decisão poderá percorrer as vertentes da absolvição ou da condenação, sem qualquer surpresa para as partes. Ao converter o julgamento em diligência, o Juiz não visa colher provas para ele, mas para o processo, submetendo-as às partes em face do contraditório, não afrontando, assim, a norma constitucional que promana do art. 129 e seus incisos.

Portanto, concito os juízes a não se deixarem intimidar nessa matéria, seja pela opinião da mídia ou pela pressão social no combate à criminalidade. Assim, sempre que entenderem necessário, tomem a iniciativa de mandar realizar as provas devidas para o esclarecimento de seu espírito, preservando sempre, é claro, a garantia do contraditório e da publicidade do ato.

É certo que o Juiz Criminal deve ser obediente no resguardo dos direitos fundamentais, pois formalmente vivemos uma democracia social, na qual a nossa Carta Maior, conhecida como "Constituição Cidadã", preconiza serem direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados e excluídos, conforme regra que soa do seu art. 6º, constante do Capítulo II, correspondente aos Direitos Sociais, do Título II, que cuida dos Direitos e Garantias Fundamentais. É certo, também, que o Juiz Criminal se comove diante da pressão social pelo combate à criminalidade, porém, não pode e não deve ele perder as rédeas do comando do processo, buscando provas, tantas quantas necessárias, que sejam capazes de adequar o fato social à regra legal. Daí a importância, para o julgamento de um processo criminal, de que o juiz não se quede neutro e indiferente à sorte do pleito, pois a justiça criminal é a esperança final na qual toda uma sociedade agredida deposita sua confiança na tão almejada resposta corajosa contra a criminalidade, na busca de restaurar o tecido social roto, nas mais das vezes imotivadamente violentado por ações truculentas de indi-

víduos que, desafiando o poder público constituído, disseminam a insegurança e o medo.

Não manter-se neutro o Juiz Criminal, embora seja possível de atendimento no que toca à sua imparcialidade e impessoalidade, é fator preponderante para a solução de uma causa criminal, isto porque interpretar para decidir envolve, freqüentemente, a escolha de valores e vertentes de prova, bem como de alternativas possíveis; desde que não atue em favor do próprio interesse, o Juiz Criminal estará sempre promovendo as suas causas, a sua visão do mundo e o seu senso de justiça, pois ainda que fosse utopicamente possível libertar o juiz de suas injunções ideológicas, não seria possível libertá-lo do seu próprio inconsciente, de sua memória, de seu desejo de fazer justiça.

Em verdade, para compreendermos melhor o fenômeno social da criminalidade, é necessário que façamos uma análise da estrutura social, na qual estamos inseridos, à luz dos direitos fundamentais.

A hora é de mudança.

O incremento da delinqüência é somente um sintoma a mais das deficiências na organização da sociedade humana.

Concluindo, entendo ser possível reduzir, e não eliminar, a criminalidade, a partir do momento em que o Estado passe a assumir a tarefa que é sua e não pode ser delegada, assumindo efetivamente a sua função social, diminuindo, com projetos concretos e não demagógicos, o abismo econômico que ele mesmo criou entre os diversos segmentos sociais. Não faltam leis penais e processuais. As temos até demais.

Rematando, é muito importante que faça o Estado Executivo e Legislativo o seu papel, permanecendo nós, Juízes Criminais, no nosso posto de combate contra a criminalidade; se um cair, que o outro se levante e marche para frente, pois haverá sempre justiça e paz social enquanto houver um magistrado, uma bandeira e uma pátria.☐

Loteamento Fechado, Associação de Moradores, Imposição do Rateio Associativo a Quem Não é Associado

Maria Cristina de Brito Lima

Juíza de Direito do TJ/RJ. Mestranda em Ciências Jurídico-política pela Universidade de Lisboa.

Nei Pinto Baptista

Advogado - Conciliador no Juízo da 5ª Vara Cível Regional da Barra da Tijuca/RJ.

1. INTRODUÇÃO

Um grupo de cidadãos cansados de morar em grandes aglomerados urbanos, onde conjuntos de apartamentos são indistintamente mesclados com atividades comerciais e residenciais, foram atraídos para locais mais aprazíveis e ordenados para se viver.

No Brasil, a grande migração que ocorreu das áreas rurais para as cidades fez com que os centros urbanos pagassem um tributo elevado por não estarem preparados para receber a enorme população que ali vinha se instalar.

A densidade populacional em alguns bairros ultrapassou o limite da tolerância, sem que o poder público cumprisse adequadamente seu papel quanto à ocupação do solo, gerando seríssimos problemas, principalmente na segurança, limpeza e manutenção dos aparelhos públicos.

Nesse universo, os loteamentos ou desmembramentos começaram a surgir, em princípio em áreas, embora urbanas, mais afastadas, onde o povo buscava uma melhor qualidade de vida de forma ordenada.

Devido à distância, estas novas áreas eram desprovidas dos serviços básicos que o poder público deveria suprir. Assim, fechavam o seu perímetro e mantinham entradas e/ou saídas com cancelas.

Isso obrigou o núcleo que se formara devido ao fechamento ao desenvolvimento de uma estrutura organizacional para prover os recursos necessários para esta nova célula social, onde se permitisse o ideal de morar com dignidade. Formaram-se, então, as associações de moradores de loteamentos fechados.

Com o passar do tempo e com o crescimento populacional, estas áreas deixaram de ser distantes, e mesmo os loteamentos criados já em áreas atendidas pelo poder público, devido ao sucesso dos loteamentos fechados, imitaram esta forma de organização social.

Entretanto, a não existência de lei própria para o fato vem causando uma avalanche de demandas judiciais, pois alguns proprietários de lotes não concordam em participar do rateio de despesas que lhes são impostas pelas referidas associações, gerando decisões das mais diversas sobre a matéria nos tribunais.

Nesse diapasão, a apresentação deste estudo, sem a pretensão de esgotar tal assunto, será orientada, partindo-se do parcelamento do solo e desaguando na responsabilidade do fechamento de loteamentos, que é o elemento principal para o surgimento da nova célula urbana.

2. O PARCELAMENTO DO SOLO

2.1. Legislação Pertinente

Sendo o loteamento o foco das aflições, faz-se mister um estudo sobre o tema, pois dele resulta toda a essência da organização associativa que vem a ser o ápice da questão.

Anteriormente vigorava o Decreto-Lei nº 58, de 10 de dezembro de 1937, regulamentado pelo Decreto 3.079/38, que tinha a finalidade bem definida de tutelar a relação jurídica dos adquirentes de lotes vendidos a prestação, não merecendo relevo o aspecto ur-

banístico. Este veio a ser tratado posteriormente pelo Decreto-Lei nº 271/67.

Com a promulgação da Lei nº 6.766 de 19 de dezembro de 1979, foi uniformizada a disciplina do parcelamento do solo para fins urbanos, sem perder de vista as particularidades locais, ou seja, o legislador infraconstitucional reconheceu a necessidade de intervenção dos Estado e dos Municípios na questão.

Frise-se que esta lei impõe, concorrentemente com a União, competência a Estados e Municípios para legislar sobre a matéria, senão veja-se a redação do parágrafo único do artigo 1º: *"Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão estabelecer normas complementares relativas ao parcelamento do solo municipal para adequar o previsto nesta Lei às peculiaridades regionais e locais."*

Assim, esta lei infraconstitucional foi recepcionada pelos artigos 24, inciso I e 30, inciso VIII da Carta Magna de 1988.

2.2 O Loteamento ou Desmembramento

Segundo o artigo 2º da Lei 6.766/79, o parcelamento do solo poderá ser feito mediante loteamento ou desmembramento. A definição legal vem delineada nos §§ 1º e 2º, do mesmo artigo.

Nessa linha, o texto legal citado considera loteamento a subdivisão da gleba em lotes destinados a edificação, *com a abertura de novas vias de circulação, de logradouros públicos ou prolongamento, modificação ou ampliação das vias existentes. Já quanto ao desmembramento, tem-se este como a subdivisão da gleba em lotes destinados a edificação, apenas com o aproveitamento do sistema viário existente, sem qualquer abertura de novas vias e logradouros públicos, nem prolongamento, modificação ou ampliação dos já existentes.*

Portanto, o fato de a gleba ser desmembrada ou loteada pouca importância tem para a análise da questão principal, razão por que, doravante, o presente estudo se referirá apenas a "loteamento fechado".

2.3 Etapas do Parcelamento

O parcelamento do solo não é permitido em certos locais; assim, não havendo limitação, ou suplantadas as limitações relativas,

o loteador terá de cumprir, para devida aprovação do loteamento, as seguintes etapas:

a) Projeto do loteamento/desmembramento: conforme os artigos 6º ou 10º da Lei 6.799/79, deverá conter desenhos e memorial descritivo, que será apresentado à Prefeitura Municipal ou ao Distrito Federal, se for o caso;

b) Aprovação do projeto: conforme o artigo 12 Lei 6.799/79, o projeto é submetido a apreciação na esfera da competência do Município ou do Distrito Federal, se for o caso; pode ocorrer, no entanto, que seja deslocada esta competência para o Estado-Membro, que examinará e concederá anuência prévia para aprovação, segundo o artigo 13 da Lei 6.766/79;

c) Registro do loteamento: o projeto de loteamento deverá ser levado a registro imobiliário, artigo 18 Lei 6.766/79. Admitido o registro, o loteamento/ desmembramento passa a ser reconhecido pelo ordenamento jurídico, criando um complexo de direitos, obrigações e deveres.

Importante salientar que o artigo 22 da Lei 6.766/79 estatui que: *"desde a data de registro do loteamento, passam a integrar o domínio do Município as vias e praças, os espaços livres e as áreas destinadas a edifícios públicos e outros equipamentos urbanos, constantes do projeto e do memorial descritivo". Nesse momento as vias e espaços livres são destinados a um fim específico, passando ao uso comum do povo: são bens públicos.*

3. BENS PÚBLICOS

3.1 Conceito

Pode-se afirmar que bens públicos são compostos por todas as coisas que se submetem ao domínio estatal. São considerados de uso comum do povo, e se destinam a utilização geral pelos indivíduos.

O Código Civil, em seu artigo 98, dispôs que: *"São públicos os bens do domínio nacional pertencentes à União, aos Estados ou aos Municípios. Todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem."*

Ainda no Código Civil, o artigo 99, inciso I, classifica de forma mais incisiva que são bens públicos os de uso comum do povo, tais como rios, mares, estradas, ruas e praças.

3.2 Alienação de Bens Públicos

Existe a possibilidade de utilização de bens públicos em caráter privativo.

Para que os bens públicos sejam de uso comum do povo, considera-se que estão afetados, ou seja, possuem finalidade específica, o que passa a ocorrer depois de averbado o projeto de loteamento.

O exame levado a efeito revela que o que foi afetado a determinado fim pode, pelo ato oposto, da desafetação, ser subtraído do domínio público para ser incorporado ao domínio privado, deixando de ser inalienável para ser alienável, evidenciando que a praça, as ruas e avenidas podem deixar a categoria de bem público para se tornarem objeto do comércio jurídico-privado.

A alienação envolve a venda, a doação e a permuta, o que não se indica para o tema em estudo.

3.3 Utilização Privativa de Bens Públicos

Nessa linha, tem-se que a utilização privativa de bens públicos é a maneira mais adequada, pois a alienação pressupõe a desafetação do bem público para que ele possa ser vendido, doado ou permutado, saindo definitivamente da esfera do mobiliário público.

O contrato de concessão de uso ou o ato administrativo de permissão de uso parecem ser os mais apropriados ao apoio à utilização das ruas, praças e demais espaços públicos envolvidos.

José Cretella Jr. sustenta que a permissão de uso é "ato administrativo unilateral, discricionário e precário pelo qual o Poder Público faculta ao particular a execução de serviços ou atividades de interesse coletivo, ou o uso especial de bens públicos, a título gratuito ou remunerado, nas condições impostas pela Administração Pública"¹.

Diógenes Gasparini ensina que "permissão e autorização são atos administrativos, veiculados por decreto ou portaria, pelos quais a Administração Pública outorga a alguém, que para isso tenha demonstrado interesse, o uso privativo de um bem que lhe pertence,

¹Direito Administrativo Brasileiro, p. 327.

mediante certas condições. São revogáveis, sem indenização, salvo previsão expressa em sentido contrário, ou quando há prazo, e extintos quando o beneficiário descumprir suas obrigações¹².

Para o mesmo autor, "a concessão de uso é o contrato administrativo pelo qual o Estado (União, Estado-Membro, Distrito Federal ou Município) outorga a terceiro a utilização privativa de um bem de seu domínio, para que o explore segundo os termos e condições estabelecidos. É realizado *intuitu personae*, podendo ser gratuito ou oneroso, por prazo certo ou indeterminado. É precedido de autorização legislativa e concorrência, dispensada esta nos casos previstos em lei. Pode ser revogada mediante indenização e extinta quando o concessionário não cumprir suas obrigações¹³.

4. LOTEAMENTO FECHADO E SEUS ENVOLVIMENTOS

4.1 Conceito

A busca pela qualidade de vida, principalmente em relação às questões de segurança, fez com que os donos de lotes em loteamentos existentes se mobilizassem para buscar uma solução que pudesse atender ao anseio da segurança, o que também se fez sentir pelas incorporadoras de novos loteamentos. Ambos depositaram sua confiança na fundação de associações de moradores, de forma que esta pudesse prestar serviços que trouxessem maior bem estar e comodidade aos seus moradores.

O loteamento fechado consiste basicamente no fechamento através de muro ou grade no seu perímetro, sendo suas entradas e/ou saídas barradas por cancelas.

Como já visto, através da permissão ou concessão de uso, existe a possibilidade legal para a utilização de bens públicos, tais como ruas, praças, etc..., para finalidade privada, que passam a existir com o fechamento do loteamento.

Vale frisar a importância dos procedimentos necessários à regularização de loteamentos fechados, pois, se ilegais, dão azo à desobstrução das vias públicas pelo Município, que poderá demolir

² Direito Administrativo, ed. 1966, p. 369

³ Direito Administrativo, *op. cit.*, p. 369.

muros e cancelas, visto ser este ente federado dotado de poder de polícia para tal.

A ênfase a ser dada, doravante, será aos loteamentos fechados após a venda dos lotes, visto serem estes os que mais colaboram para os questionamentos. É certo que aqueles que estão em implantação devem seguir os mesmos procedimentos, já com vistas a menos questionamentos no futuro, sendo essas obrigações conhecidas desde a aquisição do lote.

4.2 O Ato Constitutivo da Associação: O seu Estatuto

Para que o loteamento seja fechado, mister se faz a constituição de uma associação de moradores, na forma e nos modos estabelecidos pelo artigo 53 e seguintes do Código Civil, com o consequente registro no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, a fim de dar legitimidade ao grupo de donos de lotes para o pleito de fechamento junto ao Município, bem como para a assunção dos encargos administrativos gerados pelo fechamento.

Pontue-se que, com o fechamento do loteamento, os serviços públicos como coleta de lixo, varredura de ruas e especialmente a segurança deixam de ser prestados pelo poder público e se transferem para a responsabilidade da associação.

Em linhas gerais, além dos requisitos legais determinados pelo artigo 54 do Código Civil, deverá o estatuto da associação criada para atender ao mister dispor sobre os seguintes pontos:

- a) Discriminar as partes de propriedade exclusiva de cada proprietário, e as de uso comum;
- b) Especificar o destino das diferentes partes e o *quorum* para mudança do destino originário;
- c) O modo de usar as coisas e serviços comuns, as vias de comunicação, praças e espaços livres de uso dos proprietários, mediante concessão ou permissão de uso;
- d) Encargos, forma e proporção das contribuições dos proprietários para as despesas de custeio e para as extraordinárias, e o *quorum* para este fim;
- e) O modo de escolher o administrador, as suas atribuições, e definição a respeito da natureza gratuita ou remunerada das funções;

f) Será criada a assembléia dos proprietários-associados, sendo uma ordinária, com data certa de convocação, e outra extraordinária, que terá lugar todas as vezes que os interesses dos proprietários reclamarem;

g) Discriminar o complexo de direitos e deveres dos moradores, assegurando-se o uso e a fruição dos respectivos lotes, com exclusividade, direitos que serão exercitados de acordo com as normas da boa vizinhança;

h) Criar um sistema de sanções de natureza civil, visando a prevenir pagamentos em atraso de taxas e serviços extraordinários, sua forma de cobrança, e a possibilidade de promover ação a cobrança.

O registro do estatuto, portanto, assume especial relevo, na medida em que a criação e o funcionamento da associação atingirão a órbita de direito de terceiros, inclusive. Todo aquele que demandar do loteamento fechado, seja a que título for, estará submetido às normas traçadas por ele. É certo que o estatuto não se limita a disciplinar o uso das vias e espaços livres; vai mais longe, porque estabelece as normas da vida comunitária.

4.3 A Legalização do Fechamento

Constituída e registrada no Registro Civil de Pessoas Jurídicas a associação, deve-se proceder ao requerimento de fechamento junto à Municipalidade, na forma de concessão ou permissão das vias e mobiliários público que engloba. Uma vez autorizado pelo Município, proceder-se-á ao fechamento do loteamento.

4.4 Conseqüências do Fechamento

4.4.1 Com relação aos entes públicos

Com o fechamento do loteamento devidamente legalizado pelo Município, nova ordem se apresenta, porque principalmente há a desoneração da Municipalidade e do Estado-Membro, pois o fechamento impõe a inibição da entrada de serviços públicos, como a segurança preventiva (ronda policial), coleta de lixo individual, manutenção viária de parques e praças, dentre outros, passando estes serviços a serem executados pela associação de moradores.

Constata-se, assim, que não é possível a individualização desses serviços para este ou aquele morador, ou seja, não se pode privar qualquer morador do acesso à coleta, limpeza e segurança por não ser membro da associação. E isto porque o poder público afasta-se totalmente de suas obrigações e a associação os presta a todos, não podendo ser a apenas a alguns.

4.4.2 Com relação ao proprietário do lote

O proprietário de lote goza do direito de propriedade como todo e qualquer titular do domínio sobre o lote integrante de parcelamento tradicional, conhecendo, contudo, algumas restrições:

- 1) Toda gleba é cercada ou murada em seu perímetro;
- 2) O acesso é feito por um único local, como regra, mas nada impede que haja mais de um, havendo sempre portaria ou portão, com porteiro, estando o acesso interno submetido a identificação prévia;
- 3) As ruas, praças, vias de comunicação e outros logradouros ou espaços livres têm seu uso limitado aos proprietários dos lotes;
- 4) As vias de comunicação, praças e espaços livres do parcelamento continuam sendo de propriedade do Município, alterando-se apenas o direito de uso, que é retirado da coletividade e assegurado somente aos moradores do local;
- 5) Há domínio comum sobre determinados bens, tais como a cerca, alambrado ou muro que cerca o loteamento, portaria, quadra de esportes etc., enfim, serviços e bens que pertencem a todos.

5. ASSOCIAÇÃO DE MORADORES DE LOTEAMENTO FECHADO

5.1 A Obrigatoriedade de Atender ao Rateio Associativo

O Município, ao permitir ou conceder o uso dos aparelhos públicos nos loteamentos fechados, desonera-se da prestação dos serviços e cria, de fato, uma obrigação ligada à coisa (lote) para os proprietários de lote; em outras palavras, cria uma obrigação híbrida.

Esta obrigação pode ser também denominada de *propter rem*, i.e., obrigação por causa da coisa. Com efeito, tem-se que ela é um

misto de obrigação e de direito real, caracterizando-se pela aderência à coisa, acompanhando-a e obrigando a cada novo adquirente, embora não possa ser classificada como direito real, porque a lei assim não o faz.

Evidencia-se que os serviços fornecidos pela associação formada pelos moradores substituem-se, obrigatoriamente, àqueles prestados pelo poder público, o qual, inclusive, a obriga a prestá-los indistintamente ao loteamento no próprio contrato de permissão de uso. O fato é que o regime instituído sobre os bens públicos afetados ao loteamento impõe à associação o dever da prestação dos serviços a todos os moradores.

Por essa razão é que a cota imposta pela associação aos moradores não tem a natureza de cota associativa, mas sim de rateio de despesas relativas à prestação desses serviços, devendo, assim, ser atribuída a cada morador, independentemente de ser ou não associado.

O fato de ser associado confere, na verdade, um relevo ao morador, que poderá participar da administração da associação, contribuindo com suas experiências pessoais e dando sugestões para a melhoria dos serviços prestados à sua coletividade.

Convém esclarecer que mesmo o morador não associado pode pretender a prestação de contas da associação, pois faz parte do rateio, e isto lhe dá legitimidade para questionar até mesmo eventuais desvios financeiros da associação.

Por tudo, a obrigação do rateio das despesas tem a natureza de obrigação *propter rem*, impondo-se, portanto, a todos os proprietários, indistintamente.

5.2 A Vinculação do Proprietário à Associação

O artigo 5º, inciso XX, da Constituição de 1988 não deixa dúvidas quanto à obrigatoriedade de um cidadão associar-se, cabendo só a ele a decisão.

Contudo, verifica-se que deixou de ser relevante na questão o fato de o proprietário do lote ser membro (associado) da associação, já que o rateio das despesas se lhe impõe não por força de ser ou não associado, mas sim por ter sido o serviço prestado.

6. JULGADOS RELATIVOS À MATÉRIA

A questão levantada por este estudo é altamente discutida na jurisprudência e vem gerando as mais diversas decisões em todas as esferas judiciais, sendo de bom alvitre começar sua análise pelo verbete sumulado nº 79, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que assim sintetiza a questão:

ASSOCIAÇÃO DE MORADORES. CONDOMÍNIO DE FATO. COBRANÇA DE DESPESAS COMUNS. PRINCÍPIO DO NÃO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA.

Em respeito ao princípio que veda o enriquecimento sem causa, as associações de moradores podem exigir dos não associados, em igualdade de condições com os associados, que concorram para o custeio dos serviços por elas efetivamente prestados e que sejam do interesse comum dos moradores da localidade.

Referência: Uniformização de Jurisprudência n.º 2004.018.00012 na Apelação Cível n.º 2004.001.13327 - Julgamento em 04/04/2005- Votação: por maioria - Relator: Des. Sérgio Cavalieri Filho - Registro de Acórdão em 15/07/2005 - fls. 6469/6487.

Entendimento semelhante ao sumulado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro profere o Superior Tribunal de Justiça:

CIVIL. AGRAVO NO RECURSO ESPECIAL. LOTEAMENTO ABERTO OU FECHADO. CONDOMÍNIO ATÍPICO. SOCIEDADE PRESTADORA DE SERVIÇOS. DESPESAS. OBRIGATORIEDADE DE PAGAMENTO.

- O proprietário de lote integrante de loteamento aberto ou fechado, sem condomínio formalmente instituído, cujos moradores constituíram sociedade para prestação de serviços de conservação, limpeza e manutenção, deve contribuir com o valor correspondente ao rateio das despesas daí decorrentes, pois não se afigura justo nem jurídico que se beneficie dos serviços prestados e das benfeitorias realizadas sem a devida contraprestação. Precedentes.

AgRg no REsp 490419/SP; Relatora Ministra NANCY ANDRIGHI; Órgão Julgador T3 - Terceira Turma; Data do Julgamento: 10/06/2003; Data da Publicação/Fonte: DJ 30.06.2003 p. 248.

Diametralmente oposta, o mesmo STJ, profere a seguinte decisão:

CIVIL. LOTEAMENTO. ASSOCIAÇÃO DE MORADORES. COBRANÇA DE CONTRIBUIÇÃO POR SERVIÇOS PRESTADOS.

O proprietário de lote não está obrigado a concorrer para o custeio de serviços prestados por associação de moradores, se não os solicitou. Recurso especial conhecido e provido.

REsp 444931/SP; Relator Ministro ARI PARGENDLER; Órgão Julgador T3 - Terceira Turma; Data do Julgamento: 12/08/2003; Data da Publicação/Fonte: DJ 06.10.2003 p. 269; RJADCOAS vol. 52 p. 68.

Seguindo a mesma linha da Turma, a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, reafirmou o posicionamento da Turma, conforme se vê da ementa dos embargos de divergência acerca do julgamento emanado do REsp 444931:

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. RECURSO ESPECIAL. ASSOCIAÇÃO DE MORADORES. TAXAS DE MANUTENÇÃO DO LOTEAMENTO. IMPOSIÇÃO A QUEM NÃO É ASSOCIADO. IMPOSSIBILIDADE.

- As taxas de manutenção criadas por associação de moradores, não podem ser impostas a proprietário de imóvel que não é associado, nem aderiu ao ato que instituiu o encargo.

REsp 444931 / SP ; Relator Ministro FERNANDO GONÇALVES; Relator p/ Acórdão; Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS; Órgão Julgador S2 - SEGUNDA SEÇÃO; Data do Julgamento: 26/10/2005; Data da Publicação/Fonte: DJ 01.02.2006 p. 427; RDDP vol. 37 p. 140.

Notória é a diversidade de entendimentos jurisprudenciais acerca da matéria. Entretanto, a maior parte dos julgados que negam procedência ao pedido de imposição do rateio aos não associados, o fazem tomando por base apenas o direito associativo, em alusão ao artigo 5º, XX da Constituição da República Federativa do Brasil.

Já os que os que optaram pela procedência do pedido de imposição do rateio a todos, independentemente de serem ou não associados, o fazem com arrimo no instituto do enriquecimento sem causa.

Mas o fato é que ambos deixam de examinar o ponto nodal, que vem a ser o fechamento do loteamento autorizado pelos Municípios.

7. PECULIARIDADES DO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO

No Rio de Janeiro ocorreu que uma grande quantidade de loteamentos foram fechados à margem da lei; com isso, os órgãos municipais responsáveis e detentores de poder de polícia procediam à desobstrução das vias.

A maioria dos moradores destes loteamentos, já tendo informalmente recebido os serviços da organização associativa, e sentindo-se satisfeitos, ficavam irrisignados com a desobstrução.

O Prefeito, sensibilizado, promulgou o Decreto nº 23.084, de 01 de julho de 2003, que dispôs sobre licença para colocação de grades e obstrutores em áreas públicas, valendo aqui transcrever o artigo 1º do referido diploma: *"Toda e qualquer licença para colocação de grades e obstrutores, assim como decisões relativas à sua manutenção ou retirada, em áreas públicas, será de decisão final do Prefeito, por encaminhamento do Secretário Municipal de Governo, ouvidas, especialmente, as Coordenações das Regiões Administrativas (Subprefeituras)".*

Com esse Decreto, o Prefeito não só trouxe somente para si o poder de polícia, como também permitiu a legalização de vários fechamentos de loteamentos.

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O ponto nodal de todo o imbróglio, segundo este estudo, está na autorização do Município para o fechamento do loteamento, pois

concedida a autorização, a situação jurídica dos moradores internos àquelas cercanias se altera, como devidamente evidenciado.

Não há qualquer dúvida de que os Municípios são legitimados para a referida autorização pela Lei de Parcelamento do Solo Urbano (nº 6.766/79).

Logo, estando o fechamento do loteamento devidamente autorizado pelo Município, e a associação legalmente constituída, a nova situação jurídica que se apresenta impõe o rateio de despesas, equivocadamente denominado de cotas associativas, a todos os proprietários de lotes, sejam eles associados ou não, visto ser imperioso que as associações sejam providas de fundos para fazer frente às despesas relativas aos serviços de que os entes públicos se desoneraram.

Cabe lembrar que, além dos serviços exaustivamente enumerados, outros custos recairão na associação, como consequência da mudança da situação jurídica que se passou com o fechamento do loteamento, como, por exemplo, os eventuais danos e furtos a automóveis que se encontram guardados intramuros no loteamento fechado, de acordo com a teoria da guarda em matéria de responsabilidade civil.☐

Abandono Moral

Simone Ramalho Novaes

Juíza de Direito do TJ/RJ.

A questão do abandono moral ainda é bastante polêmica e demanda prudência e cautela na análise do caso concreto.

As regras de experiência comum ensinam que as separações dos casais, na maioria das vezes, são tormentosas e acabam gerando aos filhos havidos da união dificuldades no trato com o cônjuge que não detém a guarda, seja por sentimentos de ódio e vingança que lhes são transferidos por seus genitores, seja pelo abandono moral de um destes.

Em sendo assim, faz-se necessária uma maior atenção do Judiciário ao apreciar e julgar pedidos de indenização com fundamento em abandono moral de genitor, a fim de que a decisão não sirva somente de instrumento de vingança, mas sim de reparação de um dano, de fato, suportado, com prejuízos para a formação da personalidade e identidade da criança.

O tema, como já dito, demanda inúmeras discussões e diferentes decisões, sendo que nossos E. Tribunais Superiores ainda não firmaram entendimento predominantemente favorável à questão, existindo apenas alguns julgados nos Estados do Rio Grande do Sul, São Paulo e Minas Gerais.

O E. Superior Tribunal de Justiça, de igual modo, firmou entendimento contrário à questão; todavia, em recente julgado, o Ministro Barros Monteiro ficou vencido quando do julgamento do REsp. nº 757411/MG (4ª Turma, Relator Min. Fernando Gonçalves, julgado em 29/11/05, DJ27/03/06, p. 299), por entender devida indenização ao filho abandonado moralmente por seu pai.

Salientou o Eminentíssimo Ministro existir conduta ilícita do genitor que, ao lado do dever de assistência material, teria o dever de dar

assistência moral ao filho, de conviver com ele, de acompanhá-lo e dar-lhe o necessário afeto, posto que, do contrário, afrontaria o disposto no art. 159, do CC/16.

Inobstante posicionamentos em sentido contrário, entendo ser perfeitamente possível a condenação a indenização por abandono moral de genitor, que encontra guarida em nossa legislação pátria.

A anterior concepção de família teve como antecedente o modelo proveniente da civilização romana. O *pater familias* detinha o papel de senhor, sendo possuidor de todos os direitos e bens da família de que era o titular.

O Código Civil de 1916 adotou a expressão "pátrio poder" como definição da autoridade exercida pelos pais sobre os filhos menores, mas foi com a promulgação da Constituição da República de 1988 que avançamos no tema. O princípio da dignidade da pessoa humana erigido neste ordenamento jurídico ensejou que as relações familiares passassem a ocorrer de acordo com a importância e individualidade de cada membro, a começar pelo estabelecimento da igualdade entre homens e mulheres, inserido no art. 5º, inciso I.

Desta forma, a autoridade então exercida pelos pais transformou-se em poder de proteção com relação aos filhos.

No capítulo que trata da família, da criança e do adolescente, dispôs ser *"dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, 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"*. (art. 227 da CR).

Posteriormente, entrou em vigor a Lei nº 8.069/90 - Estatuto da Criança e do Adolescente, que reproduziu a norma constitucional, inserindo no art. 19 que: *"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"*. Pela norma supra transcrita constata-se que o direito a ser educado e criado no seio da família foi incluído entre os direitos fundamentais da criança e do adolescente.

O Estatuto da Criança e do Adolescente representa real avanço na garantia dos direitos menoristas estabelecidos pela Carta Magna, pois afastou, de uma vez, a concepção de menores como objeto de intervenção por parte de quem os represente ou guarde, posto que estes também são titulares de todos os direitos humanos.

E não poderia ser diferente, posto que a família é condição indispensável para que a vida se desenvolva regularmente, com a formação segura da personalidade do indivíduo.

Em comentários ao artigo do ECA, Maria do Rosário Leite Cintra, da Pastoral do Menor de São Paulo, assim se manifestou:

"Desabrochar para o mundo inclui um movimento de dentro para fora, o que é garantido pelos impulsos vitais vinculados à hereditariedade e à energia próprias do ser vivo. Mas este movimento será potenciado ou diminuído, e até mesmo obstaculizado, pelas condições ambientais: 60%, dizem os entendidos, são garantidos pelo ambiente. Não basta pôr um ser biológico no mundo, é fundamental complementar a sua criação com a ambiência, o aconchego, o carinho e o afeto indispensáveis ao ser humano, sem o que qualquer alimentação, medicamento ou cuidado se torna ineficaz.

O ideal é que os filhos sejam planejados e desejados por seus pais e que estes possam garantir-lhes a sobrevivência nas condições adequadas. É fundamental, pois, que os adultos que geram a criança a assumam e adotem.

A família é o lugar normal e natural de se efetuar a educação, de se aprender o uso adequado da liberdade, e onde há a iniciação gradativa no mundo do trabalho. É onde o ser humano em desenvolvimento se sente protegido e de onde ele é lançado para a sociedade e para o universo." (in Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado - Comentários Jurídicos e Sociais, 3ª edição, Malheiros Editores, p. 85).

A legislação específica dispôs ainda, em seu art. 21, que: "O pátrio poder será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurado a

qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência".

E, complementa, incumbe aos pais *"o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais."* (art. 22 do ECA).

Em perfeita harmonia com as normas citadas, o novo Código Civil de 2002 estabeleceu que a responsabilidade dos pais em relação aos filhos é conjunta, atribuindo-lhe o nome de "poder familiar", disciplinado nos arts. 1.630/1.638.

Ao adotar referida expressão, fixou a Lei Civil a autoridade aos componentes da família da criança, definida pela Constituição da República como entidade familiar, seja esta constituída pelo casamento, pela união estável, pela família natural ou substituta.

Desta forma, o poder familiar foi instituído visando a proteção dos filhos menores por seus pais, na salvaguarda de seus direitos e deveres.

Em sendo assim, analisando os diplomas legais citados, chega-se à conclusão de ser perfeitamente possível a condenação por abandono moral de filho com amparo em nossa legislação.

A preocupação constante de alguns julgadores contrários à indenização por abandono moral é no sentido de que se estaria incentivando a "indústria do dano moral" ao conceder ao filho, abandonado pelo pai, indenização pecuniária.

Embora justificado o entendimento, e considerando que muitas vezes a intenção seja somente financeira, não se pode generalizar, sendo necessário examinar cada caso isoladamente.

A banalização do dano moral e a mercantilização das relações extrapatrimoniais irão sempre existir em um grande número de casos, valendo citar, como exemplos, algumas reclamações que crescem assustadoramente na Justiça, tais como, negativas individuais no SPC e SERASA, corte indevido no fornecimento de energia elétrica, bloqueio de conta e cartão de crédito sem que haja comprovado inadimplemento por parte do titular, bagagem extraviada, o sinal da loja que soa porque o balconista esqueceu-se de retirar o alarme do produto, a mercadoria que não foi entregue dentro do prazo estabelecido.

Enfim, inúmeras situações presenciadas pelos operadores do direito e que, na sua grande maioria, são interpretadas como ofensas à dignidade moral da pessoa.

Assim, não podemos deixar de entender que o abandono moral do genitor, o seu descaso com a saúde, educação e bem-estar do filho não possam ser considerados como ofensas à sua integridade moral, ao seu direito de personalidade, pois aí sim estaríamos banalizando o dano moral.

Se o pai não tem culpa por não amar o filho, a tem por negligenciá-lo. O pai deve arcar com a responsabilidade por tê-lo abandonado, por não ter cumprido com o seu dever de assistência moral, por não ter convivido com o filho, por não tê-lo educado, enfim, todos esses direitos impostos pela Lei.

Ajunte-se a isso ser imperioso considerar, conforme assinala Silvio Rodrigues, que "*dentro da vida familiar o cuidado com a criação e educação da prole se apresenta como questão mais relevante, porque as crianças de hoje serão os homens de amanhã, e nas gerações futuras é que se assenta a esperança do porvir*" (**Direito de Família**, volume 6, p. 368/371). Por essa razão é que o Código Civil de 2002 pune com a perda do poder familiar aquele que deixar o filho em abandono, entendido este não apenas o ato de deixar o filho sem assistência financeira, mas também o descaso intencional pela sua criação.

É preciso atentarmos, ainda, para o fato de que "*temos hoje o que pode ser chamado de direito subjetivo constitucional à dignidade*", conforme assinalou o Eminentíssimo Des. Sergio Cavalieri em sua obra **Programa de Responsabilidade Civil**, concluindo que "*a Constituição deu ao dano moral uma nova feição e maior dimensão, porque a dignidade humana nada mais é do que a base de todos os valores morais, a essência de todos os direitos personalíssimos.*" (obra citada, p. 94).

Portanto, violados esses direitos, não de ser reparados pela via da indenização por dano moral.

Saliente-se, ainda, por ser de suma importância, que o indivíduo, muito antes do seu nascimento, quando ainda é gerado no útero materno, necessita de se abastecer não só de alimento, mas so-

bretudo de amor, para se desenvolver sadiamente, nascendo para o mundo e se tornando um homem/mulher seguro.

O que se pode concluir é que, mesmo a jurisprudência brasileira ainda sendo reticente à questão, a situação dos filhos abandonados por seus pais representa um dos maiores problemas sociais que assolam o País, e deve ser enfrentado sem temores e por todos os enfoques e órgãos públicos.

Dissertando sobre o tema, Maria Celina Bondim de Moraes assim se manifestou:

O viés jurídico, já garantido pelo direito de família positivo, passa pela conscientização de que a lei obriga e responsabiliza os pais no que toca aos cuidados com os filhos. A ausência desses cuidados, o abandono moral, viola a integridade psicológica dos filhos, bem como o princípio da solidariedade familiar, valores protegidos constitucionalmente. Esse tipo de violação configura dano moral. Em caso de dano moral, determina também a Constituição, no art. 5º, X, que surge o dever de indenizar. Conseqüentemente, o abandono moral gera reparação. Este não é um raciocínio radical nem tampouco abstruso; ao contrário, parece límpido e em consonância com o tempo presente." (RBDF, nº 31, Jurisprudência Comentada, p. 66).

Em conclusão, entendo que o abandono moral praticado por genitor caracteriza ofensa à dignidade do filho, por não ter tido a assistência paterna imprescindível ao seu desenvolvimento como cidadão, sendo, pois, indenizável.☐

O Bem-estar em um Estado de Desigualdades e de Autonomias Político-administrativas: *Autonomia Versus Igualdade*

Daniela Bandeira de Freitas

Juíza de Direito do TJ/RJ. Pós-graduada pela PUC/RJ. Mestranda em Ciências Jurídico-Políticas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa - Portugal.

1. INTRODUÇÃO

1.1. Objeto

Um dos limites à descentralização político-administrativa em matéria de bem-estar é objeto de atenção deste trabalho em razão da sua importância no que diz respeito à efetivação e concretização dos direitos sociais, econômicos e culturais. É o princípio da igualdade que no Estado democrático e de bem-estar ganha *status* de princípio constitucional, de valor e de direito fundamental, sob a ótica dos cidadãos quanto à fruição dos direitos sociais. A igualdade real, exigência do bem-estar e opção política constitucional no Estado brasileiro, passa a atuar como uma força de contenção importante à descentralização dos poderes administrativos e políticos do Estado. Então, como funciona o princípio da igualdade real, exigida pela Constituição em matéria de bem-estar, em um Estado de autonomias político-administrativas e de autonomias administrativas? Em

última análise, o que se pretende solucionar é a busca pelo equilíbrio entre o princípio da igualdade, expressa segundo um critério de discriminação razoável e segundo a noção de um mínimo de dignidade e de um mínimo de uniformidade de condições de vida a todos os cidadãos; e o princípio da descentralização, exigência de um Estado pluralista e democrático, baseado no incremento da participação política nas decisões do Estado.

1.2. Metodologia

Será dada ênfase a um dos limites ao processo de descentralização: o princípio da igualdade no Estado de bem-estar no Brasil como opção política constitucional de justiça social. Será analisada a dicotomia entre igualdade e autonomias político-administrativas no âmbito da divisão territorial do Estado brasileiro, na busca pelo equilíbrio necessário entre a descentralização, fundada no pluralismo político e administrativo do Estado democrático e a igualdade, baseada em um critério de um mínimo de dignidade humana e uniformidade de vida entre todos os cidadãos.

2. O ESTADO DE BEM-ESTAR E OS DIREITOS SOCIAIS, CULTURAIS E ECONÔMICOS COMO OPÇÃO POLÍTICA CONSTITUCIONAL DE JUSTIÇA SOCIAL E IGUALDADE REAL

2.1. O Estado de bem-estar como Estado social

O Estado de bem-estar é antes de tudo um Estado social¹, ao fundamentar os seus objetivos na concepção de justiça social que começa por ser uma bandeira da doutrina social da Igreja e que, ao longo do século XX, se transforma em uma reivindicação geral de todos os movimentos políticos com um mínimo de aspirações à construção de um mundo melhor e mais justo². O poder público passa, então, a direcionar suas decisões e atividades, tendo como fim a concretização da melhoria da qualidade de vida dos cidadãos, se-

¹ Otero, Paulo. *O Poder de Substituição em Direito Administrativo. Enquadramento dogmático-constitucional*. Dissertação de doutoramento em ciências jurídico-políticas na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Vol II. Ed: Lex. Lisboa, 1995. P. 521.

² Amaral, Diogo Freitas do. "O Princípio da Justiça no Artigo 266 da Constituição". *In Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Rogério Soares*. Ed: Coimbra. Coimbra, 2001. P. 695.

gundo o princípio igualitário de igual oportunidade e bens para todos, o qual, segundo a matriz econômica de cada país, sofrerá maior ou menor intensidade.

A idéia de justiça associada à igualdade é antiga e remonta à Grécia antiga, segundo a filosofia de Platão e Aristóteles³, e é objeto de preocupação dos filósofos desde a Idade Média até os tempos modernos⁴. Em tempos contemporâneos, a famosa teoria da justiça de John Rawls chega à conclusão de que as noções fundamentais da justiça são, por um lado, a exigência de igualdade e, por outro, a promoção das desigualdades necessárias para beneficiar os mais desfavorecidos⁵. Esta teoria representa uma contribuição significativa para os princípios de justiça social desenvolvidos na segunda metade do século XX e introduz uma vertente democrática⁶ aos princípios de concretização da justiça social e do Estado de bem-estar, ao defender a importância da diferença social e do pluralismo, como fatores de análise necessários à implantação do modelo de bem-estar socioeconômico.

O processo democrático⁷ modifica as bases da concepção de justiça social, não só ao trazê-la para o âmbito da participação política, com o alargamento das bases do sufrágio que possibilitou uma maior participação no processo político⁸, como, também, ao introduzir a idéia de respeito à dignidade da pessoa humana, alçada ao

³ Para Aristóteles, respeitar a lei era respeitar a igualdade. Este filósofo, também, traz a distinção entre justiça distributiva e justiça corretiva. A primeira dará ensejo à construção das teorias sobre a proporcionalidade aplicada nas relações entre os indivíduos e o Estado. Cf. Amaral, Diogo Freitas do. "O Princípio.....". *Op. cit.* P. 686 a 691.

⁴ Cf. *Ibidem.* Amaral, Diogo Freitas do. "O Princípio.....". P. 691 a 698.

⁵ Cf. Rawls, John. **Uma Teoria da Justiça**. Ed: Editorial Presença. Tradução Carlos Pinto Correia. Lisboa, 2001. P. 28: "(...) É necessário um conjunto de princípios que permitam optar por entre as diversas formas de ordenação social que determinam esta divisão dos benefícios, bem como obter um acordo sobre a repartição adequada dos mesmos. Estes princípios são os da justiça social: são eles que fornecem um critério para a atribuição de direitos e deveres nas instituições básicas da sociedade e definem a distribuição adequada dos encargos e benefícios da cooperação social."

⁶ Cf. *Ibidem.* Rawls, John. **Uma Teoria.....** P. 78 a 84.

⁷ Sobre o princípio da democracia econômica, social e cultural ter a mesma dignidade constitucional do princípio do Estado de direito e da democracia política, todavia ele apresenta uma dimensão teleológica de fim do Estado e uma dimensão positivo-constitucional, por ser uma tarefa do Estado. Cf. Canotilho, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Ed: Almedina. 7ª edição (reimpressão). Coimbra, 2000. P. 337.

⁸ Bonavides, Paulo. "O Princípio da Igualdade como Limitação à Atuação do Estado". In **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, nº 2. Julho e dezembro de 2003. Ed: Método. São Paulo, 2003. P. 218 e 219.

nível de norma constitucional em muitos países, na qualidade de princípio fundamental do Estado, tal como ocorre no Brasil (artigo 1º, inciso III da Constituição da República Federativa do Brasil). Desta forma, a justiça social, hoje, no Estado de direito democrático deve ser concebida como "o conjunto de valores que impõem ao Estado e a todos os cidadãos a obrigação de dar a cada um o que lhe é devido, em função da dignidade da pessoa humana"⁹. A dignidade da pessoa aparece como critério geral orientador acerca do que, em nome da justiça, é ou não devido a cada um e modifica a própria concepção de Estado que passa a ser entendido como instrumento que não existe para atingir seus próprios fins, mas sim para servir aos seus cidadãos, assegurando e promovendo a sua dignidade individual e/ou coletiva, a sua autonomia, a liberdade e o bem-estar¹⁰.

2.2. O princípio da igualdade no Estado social

O princípio da igualdade reconstruído no Estado social tem por fundamento os critérios da universalidade dos direitos sociais, econômicos e culturais e da igualdade real destes mesmos direitos¹¹. Estes dois critérios transformaram-se em tarefas fundamentais do Estado, v.g. o Estado brasileiro, através do artigo 3º da Constituição da República Federativa do Brasil que dispõe, por sua vez, ser objetivo fundamental do Estado: "Promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação". A igualdade justa, é, portanto, um critério de justiça social, que, em última análise, a ordem jurídica se propõe a realizar¹². A concretização do bem-estar não pode, por isso, assentar em um mero critério de igualdade formal, porque este não satisfaz as atuais exigências axiológicas do ideal de justiça¹³.

⁹ Amaral, Diogo Freitas do. "O Princípio...". *Op. cit.* P. 699.

¹⁰ Novais, Jorge Reis. *Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*. Ed: Coimbra. Coimbra, 2004. P. 51 a 54.

¹¹ Campoamor, Alfonso Fernández-Miranda. "El Estado Social". *In Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 69. Ano 23. Madrid, setembro/dezembro, 2003. P. 164 e 165.

¹² Otero, Paulo. *O Poder de Substituição...V. II. Op. cit.* P. 588.

¹³ *Ibidem*. Otero, Paulo. *O Poder de Substituição...V. II. Op. cit.* P. 588.

A igualdade real¹⁴ é a aposta do Estado social¹⁵ que vem de encontro ao critério da justiça social e justifica a inclusão nos rol dos direitos fundamentais, dos direitos sociais, econômicos e culturais¹⁶, que, muito embora gozem de um regime jurídico diferenciado dos direitos fundamentais de primeira geração (liberdades e garantias individuais), introduzem a dimensão positiva da concretização destes direitos pelo Estado, e em última análise, pela própria Administração Pública. Logo, não só o Estado, no âmbito de suas decisões políticas, mas, também, a Administração Pública, no papel de concretizadora das políticas de bem-estar, passam a estar vinculados ao princípio da justiça e, conseqüentemente, ao princípio da igualdade real, a ele subjacente. O Estado social, desta forma, assume a tarefa de promover a igualdade real como uma função política, através do poder político de decisão sobre a direção socioeconômica do Estado; como função econômica, através da qual organiza, dirige e planeja a economia do Estado e de sua sociedade; e uma função social, por meio da qual garante a liberdade e o mínimo existencial necessário ao respeito da dignidade da pessoa humana¹⁷. Esta liberdade social exige a atuação positiva do Estado, não só através da prestação dos serviços básicos de forma individual a cada cidadão, mas também, através da garantia de que todos os cidadãos residentes no território de um mesmo país, possam gozar dos mesmos benefícios sociais, econômicos e culturais, sem discriminação em razão de sexo, cor, raça, região etc.

A igualdade real no Estado de bem-estar é¹⁸: 1) um valor, por ser concebida como um dos valores superiores do ordenamento ju-

¹⁴ Sobre a igualdade real. Cf. Albuquerque, Martin de. *Da Igualdade. Introdução à Jurisprudência*. Ed: Almedina. Coimbra, 1993. P. 71 a 79.

¹⁵ Del Moral, Antonio Torres. "¿Qué Igualdad?" *In Revista de Derecho Político*, nº 44. Madrid, 1998. P. 80 e 81; Cf. Canotilho, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. Ed: Coimbra. 2ª edição. Coimbra, 2001. P. 390 a 392: "(...) Concomitantemente, a caracterização constitucional do princípio da igualdade como direito "à igualdade de oportunidades" pressupõe uma ordenação política e uma direção do processo social de troca, que, segundo o conhecido teorema de Arrow, ou falsifica imediatamente a distribuição de preferências sociais ou conduz a um programa de direção inconsistente. Uma constituição dirigente assenta no alargamento da função de direção, coordenação e planificação estadual (...)"

¹⁶ O Estado de bem-estar envolve a efetivação dos direitos econômicos, sociais e culturais. Cf. Otero, Paulo. *O Poder de Substituição...*. V. II. *Op. cit.* P. 593.

¹⁷ Del Moral, Antonio Torres. "¿Qué Igualdad?...". *Op. cit.* P. 83.

¹⁸ *Ibidem*. Del Moral, Antonio Torres. "¿Qué Igualdad?...". P. 86 a 95.

rídico do Estado português e do brasileiro; 2) um direito fundamental¹⁹, quando pensada sob a ótica do cidadão destinatário das funções prestadoras do Estado social; 3) e um princípio jurídico-político que informa todo o ordenamento do Estado, vinculando-o ao princípio da justiça e da dignidade da pessoa humana. Da mesma forma que o Estado de bem-estar encontra-se vinculado aos princípios da igualdade real, justiça social e dignidade da pessoa humana, à sua Administração Pública impõe-se atuar de acordo com estes princípios, o que altera completamente o paradigma do respeito estrito à legalidade, pois a concepção de um ato injusto não pode ser mais entendida como ato contrário à lei, mas sim, como ato contrário ao princípio da justiça²⁰ e propõe uma atitude ativa no sentido do dever de corrigir as desigualdades sociais e as injustiças²¹, ao garantir a todos um mínimo de dignidade de vida e de igual oportunidade²².

O bem-estar social compreende, assim, as tarefas do Estado em promover a efetivação dos direitos sociais, culturais e econômicos. As normas constitucionais que tratam sobre estes direitos são classificadas pela doutrina do direito constitucional como normas programáticas²³ que apontam os objetivos que o Estado deve cumprir, não só no âmbito político²⁴ (governativo e legislativo), como também, e principalmente, na esfera da Administração Pública, como instrumento de efetivação das políticas econômicas, sociais e culturais. Este programa social e econômico traduz a opção política de determinado Estado, em determinada conjuntura econômica e social, e reflete as próprias necessidades da sociedade em dada época e

¹⁹ Sobre a igualdade como direito. Cf. Alexy, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Ed: Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1993. P. 381 a 418.

²⁰ Amaral, Diogo Freitas do. "O Princípio...". *Op. cit.* P. 701 a 704.

²¹ No sentido da função distribuidora do Estado, em especial, quanto às normas constitucionais de direito econômico que assumem especial relevo. Cf. Otero, Paulo. *O Poder de Substituição... V. II*. *Op. cit.* P. 593 e 594.

²² Doebling, Karl. "Estado Social, Estado de Derecho". In Abendroth, Wolfgang. Forsthoff, Ernest. Doebling, Karl. *El Estado Social*. Ed: Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1986. P. 167 e 168.

²³ Canotilho, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. Ed: Coimbra. Coimbra, 2004. P. 36 a 39; Canotilho, J. J. Gomes. *Direito... Op. cit.* P. 474 e 475.

²⁴ Sobre os direitos de prestação social serem direitos de "fins políticos de realização gradual" sob a "reserva do possível". Cf. Andrade, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Ed: Almedina. 3ª edição. Coimbra, 2006. P. 191 a 195.

vincula, não só a esfera dos órgãos políticos do Estado, como toda a Administração Pública. O Estado planifica, guia, intervém, presta, distribui e assume, ou pelo menos deveria assumir, um papel ativo na concretização do programa estabelecido pela Constituição²⁵. E, assim, tem o dever de garantir o cumprimento e a prestação dos direitos sociais e econômicos, com o objetivo de aumentar o bem-estar social e econômico e a qualidade de vida das pessoas, em especial, das mais desfavorecidas.

O Estado, assim, deve buscar diminuir as desigualdades, como forma de atender à finalidade de igualar as condições de vida dos indivíduos que residem em seu território. Como é fato, avultam as diferenças sociais e econômicas, no Brasil, país com dimensões continentais e diversidade de culturas e graves desequilíbrios sociais regionais. A Constituição, por isso, ao definir as políticas públicas sociais, culturais e econômicas procura conciliar a busca pela igualdade das condições de vida de seus cidadãos, também como tarefa fundamental do Estado.

Os direitos sociais, econômicos e culturais possuem, portanto, uma estreita conexão com as tarefas do Estado²⁶, segundo a dimensão impositiva das normas constitucionais que assumem o caráter de normas prospectivas. Esta imposição de concretização da democracia, da justiça social e da igualdade real vincula todos os órgãos do Estado, sejam eles políticos²⁷ ou administrativos e, também, todas as entidades descentralizadas do Estado, em grau de autonomia político-territorial²⁸, administrativa e até mesmo, aquelas pessoas coletivas de direito privado que executam tarefas administrativas de prestação de serviços públicos de interesse geral.

²⁵ Hesse, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Ed: Sergio Antonio Fabris Editor. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre, 1998. P. 174 a 177.

²⁶ Miranda, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV. Direitos Fundamentais. Ed: Coimbra. Coimbra, 2004. P. 385 a 387.

²⁷ Sobre os direitos fundamentais sociais na qualidade de mandato dirigido ao legislador. Cf. Weber, Albrecht. "Estado Social, Direitos Fundamentais Sociais e Segurança Social na República Federal da Alemanha." *In Direitos Constitucionais. Estudos em Homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho*. Ed: Dialética. São Paulo, 1979. P. 15 a 18.

²⁸ Miranda, Jorge. **Manual.....** Tomo IV. *Op. cit.* P. 387 a 389.

É fácil chegar à conclusão de que a concretização dos direitos sociais, econômicos e culturais e, em última análise, a implantação efetiva do Estado de bem-estar, implica um esforço do Estado, que deposita nos órgãos políticos e administrativos a realização dos ideais constitucionais, e encontra dificuldades associadas aos custos e ao orçamento público e à própria infra-estrutura necessária, sem falar em outras questões de ordem conjuntural, como por exemplo as crises internacionais. A democracia social depende, assim, do que a doutrina denomina de reserva do possível²⁹, conexa à garantia do mínimo social e ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Além das dificuldades ligadas às despesas públicas necessárias à concretização da democracia social em sua plenitude, avulta a problemática associada ao princípio da igualdade real, imposição constitucional quanto aos direitos sociais, econômicos e culturais, que entra em conflito com o princípio constitucional da descentralização político-administrativa. Ou seja, a igualdade real aqui aparece como uma força centralizadora das opções e decisões político-administrativas do Estado, porém, por outro lado, o Estado não pode suprimir totalmente a margem de livre decisão político-administrativa dos Estados no Brasil, sob pena de violar o princípio da autonomia e o próprio pacto federativo.

Portanto, a questão que se coloca é:

3. COMO FUNCIONA O PRINCÍPIO DA IGUALDADE EM UM ESTADO DE AUTONOMIAS POLÍTICO-ADMINISTRATIVAS?

3.1. A dicotomia: igualdade *versus* descentralização

Um dos problemas mais interessantes do Estado moderno democrático, fundado no pluralismo político e administrativo no que se refere à divisão de poderes dentro seu território, é a dicotomia³⁰

²⁹ "Uma breve introdução sobre a dogmática da concepção da reserva do possível". Cf. Canotilho, J.J. Gomes. O **Direito.....***Op. cit.* P. 480 a 482.

³⁰ Cf. Bonavides, Paulo. "O Princípio da Igualdade.....".*Op. cit.* P. 210: "O primeiro contraste que se nos oferece é exatamente este pertinente à relação de igualdade e liberdade como valores fundamentais da convivência e princípios de uma ordem jurídica traçada segundo a inspiração de um ideal de justiça, paz e segurança. Conduzidos ao plano histórico, exprimem eles, respectivamente, os dois ordenamentos - chaves do Estado moderno, a saber, as duas formas sucessivas que o molde ideológico de organização política do Estado ocidental tomou nos dois últimos séculos: o Estado liberal, abraçado à liberdade, com o culto da personalidade como valorização tutelar, e o Estado social, preso à igualdade, como culto democrático da dignidade humana."

que se estabelece entre autonomia, assente na liberdade e na participação política necessárias ao exercício do processo democrático, e a igualdade, baseada no conceito de unidade do Estado em relação àquelas matérias e questões que constituem o núcleo essencial da manutenção do próprio Estado como entidade independente de seus próprios cidadãos. Em última análise, o Estado de bem-estar, o Estado de direito e o Estado democrático assumem como valores a liberdade e a igualdade³¹, responsáveis por dimensionar os princípios da igualdade real individual e institucional³² e o princípio da autonomia ou da descentralização político-administrativa. De um lado, o bem-estar conduz à concepção de justiça social e de iguais oportunidades e direitos para todos, de outro, a democracia conduz à liberdade e à participação nos processos de decisão político-administrativa do Estado, exigindo das entidades fracionadas, no âmbito do território do Estado, um papel ativo na condução das políticas socioeconômicas, cuja competência do Estado central não poderá suprimir.

As formas de Estado complexas que pressupõem a descentralização política e administrativa parcial ou total, possuem o desafio político e institucional de realizar os valores da liberdade, ou seja, da autonomia, e da igualdade de todos os cidadãos quanto aos níveis de prestação dos direitos sociais, econômicos e culturais. O pluralismo territorial não pode descuidar da igualdade substancial quanto ao desfrute dos serviços de bem-estar e melhoria da qualidade de vida de cada cidadão³³. A igualdade deve funcionar como elemento homogeneizador da coesão social e econômica dentro da estrutura estatal³⁴. Esta coesão, em última análise, contribuirá para a própria legitimidade dos princípios regionais e federais³⁵.

³¹ Díaz, Jose Ramon Cossio. *Estado Social y Derechos de Prestacion*. Ed: Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1989. P. 35 a 40.

³² Cf. Echavarría, Juan José Solozábal. "El Estado Social como Estado Autonômico". *In Teoría y Realidad Constitucional*, nº 3. 1º semestre 1999. Madrid, 1999. P. 69: "En un Estado descentralizado la igualdad ha de consistir en el mantenimiento de unos criterios de homogeneidad institucional básicos y en la exigencia de que todos los ciudadanos compartan el mismo status jurídico elemental."

³³ Fernández-Valmayor, José Luis Carro. "Pluralismo Territorial y Estado Social en la Perspectiva Nacional e Comunitária". *In Revista de Estudios de la Administración Local*, nº 291. Enero/abril 2003. Instituto Nacional de Administración Pública. Madrid, 2003. P. 216 e 217.

³⁴ *Ibidem*. Fernández-Valmayor, José Luis Carro. "Pluralismo....". P. 216 e 217.

³⁵ *Ibidem*. Fernández-Valmayor, José Luis Carro. "Pluralismo....". P. 216 e 217.

O princípio da autonomia favorece a diversidade regional, não só em matéria de decisão política, como em matéria de concretização das políticas de bem-estar em cada entidade autônoma, intensificando as desigualdades regionais no âmbito do território de um mesmo Estado. A ordem jurídica, em especial o sistema das normas constitucionais, deve encontrar limites à autonomia. A igualdade é, então, inserida no rol dos princípios de contenção da expansão da margem de livre decisão político-administrativa das entidades autônomas e deve ser aplicada sempre em ponderação³⁶ com a margem de liberdade expressa através do núcleo essencial da autonomia, sob pena de se privilegiar de forma demasiada a autonomia e ensejar um processo de perda de legitimidade e identidade políticas do próprio Estado, considerado segundo o princípio da unidade. Os limites à autonomia são matérias de reserva constitucional³⁷ e passam pela determinação ou pela escolha política de cada país. Esta escolha terá por base a opção de quais serão os direitos ou serviços que deverão ter um tratamento unitário e quais aqueles poderão gozar de um tratamento diferenciado em razão das diferenças de cada região do território do Estado³⁸. Os direitos e serviços unificados serão, conseqüentemente, matérias de competência exclusiva do Estado central. Já as de tratamento diferenciado farão parte do rol de competências das demais entidades fragmentadas ao longo do território do Estado. Uma vez não exercida a competência por parte dos entes fracionados, o Estado poderá atuar de forma subsidiária ou suplementar, a fim de resguardar o mínimo de igualdade na fruição dos direitos e serviços entre todos os cidadãos. Há ainda uma margem de competências concorrentes, sobre as quais o Estado central, em respeito aos princípios da igualdade e da unidade, possui o poder de editar normas e direções administrativas de caráter geral que

³⁶ Cueva, Enrique Lucas Murillo de la. "Cláusulas de Igualdad y Autonomía Política en la Constitución Española de 1978". In Morodo, Raúl y Vega, Pedro de. **Estudios de Teoría Del Estado y Derecho Constitucional en Honor de Pablo Lucas Verdú**. Tomo IV. Madrid, 2000. P. 2628 e 2629.

³⁷ *Ibidem*. Cueva, Enrique Lucas Murillo de la. "Cláusulas de Igualdad...". P. 2629 e 2630.

³⁸ Sobre a questão da atuação das entidades autônomas no desenvolvimento e na concretização dos direitos sociais, econômicos e culturais. Cf. Echavarría, Juan José Solozábal. "El Estado Social...". *Op. cit.* P. 66 e 67.

acabam por vincular as decisões políticas das entidades autônomas. Porém, a conciliação com o princípio da autonomia impede que as normas gerais constituam mecanismos de supressão total da margem decisória das entidades autônomas³⁹.

Este jogo de equilíbrio entre igualdade e autonomia operou no plano social, econômico e cultural dos diversos países do hemisfério ocidental, alterações substanciais, em especial patrocinadas pelo processo de abertura democrática em muitos deles após a década de 1960, período em que se passou a desenvolver uma nova concepção de bem-estar: o bem-estar justo, participativo e igualitário, fundado no princípio da dignidade da pessoa humana. A crescente intervenção do Estado nos setores social e econômico, através de planos de direção, com a institucionalização de amplas garantias sociais, propiciou um processo de homogeneização e centralização das políticas de bem-estar⁴⁰. Porém, a abertura política, com a ampliação das bases de sufrágio e a crescente participação política e administrativa no âmbito dos processos de tomada de decisão por parte do Estado, exigiram a descentralização das suas funções, de forma a atender, também, as demandas por uma maior eficiência e rapidez na prestação dos serviços de interesse público.

3.2. A dicotomia no Estado federal brasileiro

A definição do regime republicano e da forma de organização federativa para o Estado brasileiro na Constituição de 1988 suscita algumas questões relevantes no tocante à autonomia político-administrativa e a igualdade real dos direitos sociais, econômicos e culturais, podendo ser apontadas duas em especial: 1) Como o princípio da igualdade de oportunidades, inerente aos direitos sociais, econômicos e culturais configura-se, levando em consideração o princípio da autonomia dos entes federados?; 2) Quais os impactos do processo de definição do regime de colaboração, a partir de 1996, para as desigualdades regionais na oferta destes direitos?

³⁹ Otero, Paulo. "Autonomia Regional, Igualdade e Administração de Bem-estar". In *Revista O Direito*. Ano 130. Tomo I-II. Lisboa, 1998. P. 93 e 94.

⁴⁰ Bonavides, Paulo. "O Princípio da Igualdade....". *Op. cit.* P. 218 e 219.

O federalismo pode ser definido como uma forma de organização que combina autonomia e interdependência das unidades nacionais. As variações de contexto histórico nos países que adotaram o federalismo concorreram para muitas flexibilizações conceituais, de maneira que é possível identificar três matrizes⁴¹ segundo o nível das relações intergovernamentais entre os entes federados: a) o federalismo dual, modelo original dessa forma de organização elaborada e implementada nos Estados Unidos; b) o federalismo centralizado, transformação do modelo dual em que as unidades nacionais tornam-se, praticamente, agentes administrativos do governo central, como no período das medidas de intervenção do *new deal* e na época do regime militar autoritário no Brasil; c) e o federalismo cooperativo, em que as unidades nacionais e o governo central têm ação conjunta e capacidade de autogoverno, como na Alemanha. Estas matrizes guardam aproximações com o federalismo fiscal, na medida em que as relações intergovernamentais são determinadas, em grande parte, pelo modo de distribuição dos recursos e das competências entre os entes federados.

O pressuposto do federalismo é uma organização territorial e política que vise a garantir a repartição de responsabilidades governamentais, ao mesmo tempo em que esteja assegurada a integridade do Estado nacional frente às inúmeras disputas e desigualdades regionais. É, portanto, uma forma de governo regida pelo princípio da igualdade política de coletividades regionais desiguais. As políticas de ampliação do acesso aos direitos sociais, econômicos e culturais podem refletir um caráter de igualdade ou de desigualdade das coletividades políticas regionais, traduzidas no modo como os governos autônomos realizam as oportunidades de fruição destes direitos de permanência e de padrão de qualidade.

A Constituição Federal de 1988 definiu a base do Estado federativo brasileiro a partir de uma matriz cooperativa⁴² de repartição de competências, em que coexistem competências privativas, concorrentes e suplementares entre os entes federados, tanto nos aspectos

⁴¹ Almeida, Maria Hermínia Tavares de. "Federalismo e Políticas Sociais". In *Revista Brasileira de Ciências Sociais*. São Paulo: Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Ciências Sociais (ANPOCS), nº 28. Junho de 1995. P. 88 a 108.

⁴² *Ibidem*. Almeida, Maria Hermínia Tavares de. "Federalismo.....". P. 90 a 95.

tos legislativos, quanto nos aspectos administrativos e tributários. O texto constitucional aprovado em 1988 inovou ao incluir o município como um terceiro ente federado, caso único nas federações existentes, e ao atribuir-lhe protagonismo na descentralização de competências, principalmente na área social. Se, por um lado, isso significou a possibilidade de ampliação da participação direta do cidadão na administração dos serviços públicos, por outro lado, significou a ampliação das dificuldades na tentativa do estabelecimento do equilíbrio federativo e de medidas de igualdade na prestação dos serviços públicos à população, tendo em vista a heterogeneidade de demandas e de capacidade orçamentária dos vinte e seis (26) estados, do Distrito Federal e dos cinco mil, quinhentos e sessenta e três (5.563) municípios brasileiros⁴³.

Um claro exemplo é o direito à educação. Na Constituição Federal aprovada em 1988 a distribuição de competências entre os entes federados combinou as de tipo privativo e concorrente quanto a esta matéria. Contudo, a Carta de 1988 era imprecisa quanto ao regime de colaboração, uma vez que situou o poder público como responsável por assegurar o direito à educação, mas, com uma organização federativa extremamente descentralizada, não definiu quais seriam as competências dos entes federados. A imprecisão do texto constitucional quanto ao regime de colaboração em conjunto, combinado à extrema fragmentação orçamentária da descentralização de perfil municipalista, inviabilizaram as possibilidades de melhoria das políticas de acesso e de permanência na escola mediante a vinculação constitucional de recursos tributários a serem aplicados na manutenção e desenvolvimento do ensino, reforçando o princípio da autonomia⁴⁴ dos entes federados na aplicação desses recursos. Assim, o Brasil está distante em assegurar o princípio de igualdade de oportunidades inerente ao direito à educação, tendo em vista a definição de um regime de colaboração que dissocia os mecanismos de partilha dos recursos tributários e as de-

⁴³ Dados coletados no site: <http://www.brasil.gov.br/pais>.

⁴⁴ A autonomia dos entes federados é sempre relativa, visto que não existe nem completa relação de subordinação ao governo central e nem completa autonomia, configurando uma relação de interdependência entre os entes federados.

sigualdades de capacidade orçamentária e de acesso a bens e serviços dos governos autônomos que compõem a heterogênea e descentralizada federação brasileira⁴⁵.

Um outro exemplo no Brasil de diferenciação dos direitos sociais diz respeito a lei estadual do Estado do Rio de Janeiro que instituiu pisos salariais diferenciados para determinadas categorias profissionais, afastando a aplicação do salário mínimo nacionalmente estabelecido pelo Governo Federal. Esta lei foi objeto de grande discussão jurisprudencial em sede de ação direta de inconstitucionalidade em face do artigo 7º, inciso IV da Constituição que determina a unificação do salário mínimo nacional, porque, inicialmente, a lei estabelecia um salário mínimo regional para o Estado. Após o Supremo Tribunal Federal⁴⁶ ter declarado inconstitucional a lei originária que instituíra o salário regional diferenciado, o poder legislativo do Estado do Rio de Janeiro passou a instituir anualmente uma lei que, agora, define o piso salarial estadual. A última lei é de janeiro de 2007⁴⁷. A lei que agora define o piso salarial estadual foi, então, declarada constitucional, em face da flexibilidade expressa pelo inciso V do artigo 7º da Constituição brasileira de 1988 que dispõe que o piso salarial deve ser proporcional à extensão e à complexidade do trabalho. Ora, na verdade o poder legislativo do Estado do Rio de Janeiro utilizou-se de um subterfúgio jurídico para fazer valer, na prática, uma diferenciação no que diz respeito ao mínimo em termos de salário a nível nacional, configurando, desta forma, um claro exemplo da diversidade que a descentralização político-administrativa opera no Estado brasileiro.

⁴⁵ Conclusões retiradas de: Castro, Maria Helena Guimarães de. "As Desigualdades Regionais no Sistema Educacional Brasileiro". In Henriques, Ricardo (org.). **Desigualdades e Pobreza no Brasil**. Ed: IPEA. Rio de Janeiro, 2000. P. 425 a 458.

⁴⁶ Toda a discussão jurisprudencial teve por fundamento a questão das diferenças sociais regionais em face do princípio da igualdade social estabelecida pela Constituição brasileira de 1988, especialmente no que diz respeito ao salário mínimo nacionalmente unificado, segundo o artigo 7º, inciso IV. Cf. Acórdão da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2358-6. Relator Ministro Marco Aurélio; Acórdão da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2369-1. Relator Ministro Marco Aurélio; Acórdão da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2403-5. Relator Ministro Nelson Jobim; Acórdão da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2401-9. Relator Ministro Nelson Jobim. Todos os acórdãos podem ser consultados no site do Supremo Tribunal Federal: <http://www.stf.gov.br>.

⁴⁷ Lei estadual (RJ) nº 4.987 de 29 de janeiro de 2007 - Assembléia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro - Brasil. Pode ser consultada no site: <http://www.alerj.rj.gov.br>.

3.3. A igualdade como limite à descentralização

O princípio da igualdade no Brasil representa um limite de contenção da força descentralizadora dos poderes políticos e administrativos, pois é um importante instrumento necessário ao alcance da justiça social em todo o território nacional. A igualdade condiciona autonomia, porém, não pode esvaziar a atuação das entidades fragmentadas, sob pena de suprimir o espaço democrático de participação e autodefinição das próprias políticas públicas locais.

O princípio da igualdade em um Estado de autonomias político-administrativas, portanto, funciona como forma de equilíbrio entre a justiça social e a democracia e entre a liberdade e a força unitária de concentração do Estado. As entidades fragmentadas devem, assim, exercer os poderes políticos e administrativos a ela conferidos pela Constituição, atendendo às necessidades locais, sem descuidar do respeito ao conteúdo das matérias de competência do Estado central, transformadas, muitas vezes, em normas gerais ou programas de governo vinculativos. O respeito ao mínimo de igualdade, à dignidade social e ao conteúdo essencial da autonomia político-administrativa garantirá o desenvolvimento de forma equilibrada e justa.

4. AUTONOMIA *VERSUS* IGUALDADE

4.1. Os mecanismos jurídicos de solução da dicotomia e o critério da equiparação das condições de vida

A dicotomia autonomia *versus* igualdade procura, portanto, equacionar as seguintes questões: 1) a coexistência da determinação constitucional da igualdade das condições de vida de todos indivíduos que fazem parte de um mesmo Estado e o princípio da descentralização político-administrativa; 2) a determinação do conteúdo mínimo de igualdade de condições de vida, ou seja, quais os direitos sociais e econômicos que devem fazer parte deste conteúdo mínimo; 3) a problemática da distribuição de competências administrativas e normativas entre os entes autônomos - o princípios da supletividade no direito brasileiro, como garantia do mínimo de igualdade nas políticas sociais e econômicas - tendência centralizadora; 4) e o controle político e administrativo, como forma de atender ao princípio igualitário.

Todas estas questões são resolvidas através dos mecanismos de controle jurídicos previstos na Constituição, que ora privilegiam a autonomia, e ora, dão ênfase à igualdade como força de coesão socioeconômica no país. A conclusão, porém, é que tanto um princípio

quanto o outro são relativizados quando a ordem jurídica admite apenas um critério de equiparação, quanto às condições de vida de todos os cidadãos de um mesmo país, já que o critério de igualdade absoluta mostra-se incompatível com a adoção da autonomia político-administrativa como determinante da forma de Estado, unitária descentralizada ou federal⁴⁸.

O critério da equiparação, resolvido no direito alemão como princípio da uniformidade das condições de vida⁴⁹, não exige a igualdade absoluta, mas sim a garantia de um mínimo, ou de um conteúdo mínimo que se possa garantir a todos os cidadãos de um mesmo Estado relativamente à fruição dos direitos sociais, econômicos e culturais. Este mínimo jurídico igualitário dependerá da importância que a Constituição dá a cada serviço ou prestação de natureza social, cuja competência recairá sobre o Estado central. Os direitos fundamentais, portanto, enquanto elementos fundamentais do ordenamento, objetivo de proteção do cidadão em face do Estado e de garantia do mínimo de dignidade individual, representam um fator de uniformização⁵⁰, embora alguns direitos sociais, por sua própria natureza, tenham características diversificadas, exigindo assim uma maior descentralização político-administrativa, v.g. a vertente social do direito ao meio ambiente.

Algumas desigualdades nos planos jurídico e social são admitidas segundo critérios de discriminação razoáveis, fundamentados e legítimos, tal como ocorre com os direitos relativos aos estrangeiros residentes e não-residentes por exemplo; como os direitos das

⁴⁸ Gavin, Juan Peman. *Igualdad de los Ciudadanos y Autonomías Territoriales*. Ed: Civitas. Madrid, 1992. P. 123 e 124.

⁴⁹ O princípio da uniformidade das condições de vida ("einheitlichkeit der lebensverhältnisse") encontra-se no artigo 72, II da lei Fundamental de Bonn. Sobre a análise deste princípio no direito alemão. Cf. León, José María Baño. *Las Autonomías Territoriales y el Principio de Uniformidad de las Condiciones de Vida*. Ed: Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1988. P. 69 a 140.

⁵⁰ *Ibidem*. León, José María Baño. *Las Autonomías.....*. P. 208 a 213.

peças portadoras de deficiências e outras diferenças, que exigem do Estado ações positivas para equilibrar as situações e garantir igual oportunidade para todos. Não basta simplesmente garantir a igual oportunidade, o Estado tem o dever de garantir o acesso à igualdade. As ações afirmativas aparecem dentro do conceito de Estado compensador e cooperativo, segundo uma lógica baseada no equilíbrio e em um critério de equiparação das condições de vida.

Estas desigualdades admitidas e legítimas, segundo a ordem jurídica, constituem a chave para a compreensão da coexistência entre autonomia e igualdade. A fragmentação dos poderes do Estado, sob esta perspectiva, torna-se fundamental ao cumprimento pelo Estado de seu papel de intermediador no processo de compensações socioeconômicas. Sem a descentralização, o Estado não poderia implantar políticas locais de desenvolvimentos nas regiões mais necessitadas e, em última análise, não poderia aspirar por uma política social igualitária, uma vez que não conseguiria solucionar as desigualdades. Logo, a autonomia é elemento necessário à busca pela igualdade.

As compensações efetivadas pelo Estado em matéria de bem-estar refletem um outro princípio de grande importância para a efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais, o princípio da solidariedade⁵¹ que também deve ser aplicado quando se trate de regiões desiguais no âmbito territorial de um mesmo Estado. A solidariedade permite medidas de compensação e distribuição de receitas, com grande relevo nas áreas financeira e econômica da Administração Pública, como por exemplo: a distribuição de receitas tributárias ou outras receitas do Estado de maneira a atender às necessidades das áreas mais carentes; os subsídios destinados a projetos sociais relativos às entidades autônomas que não disponham de meios financeiros para desenvolvê-los, dentre outras medidas que fazem da solidariedade um instrumento de equilíbrio entre a autonomia e a igualdade. O equilíbrio da dicotomia é necessário para afastar a centralização total, cujas políticas compensatórias adquirem relevo e impedem as desigualdades extremas ou a máxima concentração.

⁵¹ Ibidem. Gavin, Juan Peman. *Igualdad...* P. 251 a 305.

A dicotomia também é resolvida através dos sistemas de representação político-partidária das entidades fragmentadas nos órgãos de representação política do Estado central. Assim ocorre no Brasil através do Senado, órgão político que compõe o Congresso Nacional, na qualidade de órgão legislativo do governo central e que é integrado pelos senadores, representantes dos Estados no sistema político-legislativo brasileiro.

A autonomia encontra limites na igualdade que, por sua vez, perde o seu caráter absoluto no Estado de bem-estar democrático, em razão dos valores da liberdade e dignidade da pessoa humana que informam todo o ordenamento. E, assim, o equilíbrio funciona através dos seguintes mecanismos e princípios jurídicos:

1) o princípio da descentralização político-administrativa que integra a própria forma do Estado, o que acentua as diferenças sociais;

2) a garantia de igualdade de posições jurídicas e de condições básicas para o exercício dos direitos sociais, econômicos e culturais, o que exige da infra-estrutura dos órgãos políticos e da Administração Pública uma igualdade no modelo organizatório básico de cada entidade autônoma, muitas vezes à semelhança com o modelo central, em uma tentativa de aproximar os serviços essenciais e fundamentais;

3) a exigência de um mínimo de igualdade, o que acaba por refletir na opção política de cada Estado em eleger qual o conteúdo mínimo dos direitos sociais, econômicos e culturais, cuja competência será reservada ao Estado central. A própria Constituição aponta a importância destes direitos e dos serviços a eles inerentes, sendo matéria de reserva constitucional. Este conteúdo mínimo deve levar em conta um critério de equivalência e uniformidade e não de igualdade absoluta;

4) a posição jurídica dos cidadãos que em cada ente autônomo não pode exceder a determinado nível. A igualdade surge como fator de limitação político-administrativa, refletida na prevalência legislativa do Estado central em matéria de política de bem-estar;

5) a igualdade, no entanto, não pode desnaturar o regionalismo e a federação, por isso a repartição de competências garante o equilíbrio de poderes entre a esfera central e autônoma;

6) e, por fim, a fiscalização no cumprimento das normas de caráter geral e constitucional pelo Estado central, através do controle judicial de constitucionalidade dos regulamentos e leis; político, como a possibilidade de intervenção no Estado brasileiro; e administrativo servem, também, como garantias do princípio da unidade do Estado, favorecendo o equilíbrio da força autonômica.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

5.1 O Estado de bem-estar e os direitos sociais, econômicos e culturais como opção política constitucional de justiça social e igualdade real

5.1.1 O Estado de bem-estar é um estado social. O poder público, a fim de alcançar a justiça social, passa a direcionar suas atividades, tendo como fim a concretização da melhoria da qualidade de vida dos cidadãos, segundo o princípio da igualdade e de igual oportunidade para todos. O processo democrático modifica as bases da concepção de justiça social e introduz o critério da dignidade da pessoa humana, como necessário para alcançar a justiça.

5.1.2 O princípio da igualdade reconstruído no Estado social tem por fundamento os critérios da universalidade dos direitos sociais, econômicos e culturais e da igualdade real destes mesmos direitos. A igualdade real no Estado de bem-estar é: 1) um valor, por ser concebida como um dos valores superiores do ordenamento jurídico do Estado português e do brasileiro; 2) um direito fundamental, quando pensada sob a ótica do cidadão destinatário das funções prestadoras do Estado social; 3) e um princípio jurídico-político que informa todo o ordenamento do Estado, vinculando-o ao princípio da justiça e ao da dignidade da pessoa humana. O Estado de bem-estar encontra-se vinculado aos princípios da igualdade real, justiça social e dignidade da pessoa humana e à sua Administração Pública impõe-se atuar de acordo com estes princípios.

O Estado deve buscar diminuir as desigualdades como forma de atender à finalidade de igualar as condições de vida dos indivíduos que residem em seu território. Porém, além das dificuldades ligadas às despesas públicas necessárias à concretização da democracia social em sua plenitude, avulta a problemática associada ao prin-

cípio da igualdade real, imposição constitucional quanto aos direitos sociais, econômicos e culturais, que entra em conflito com o princípio constitucional da descentralização político-administrativa. Ou seja, a igualdade real aqui aparece como uma força centralizadora das opções e decisões político-administrativas do Estado, porém, por outro lado, o Estado não pode suprimir totalmente a margem de livre decisão político-administrativa dos Estados no Brasil, sob pena de violar o princípio da autonomia e o próprio pacto federativo.

5.2 Como funciona o princípio da igualdade no Estado de autonomias político-administrativas?

5.2.1 As formas de Estado complexas, que pressupõem a descentralização política e administrativa parcial ou total, possuem o desafio político e institucional de realizar os valores da liberdade, ou seja, da autonomia, e da igualdade de todos os cidadãos quanto aos níveis de prestação dos direitos sociais, econômicos e culturais. As regras de competência contribuem para a escolha política de quais serão as matérias das quais se exige um tratamento único e igualitário. Estas matérias, portanto, passam a ser de competência dos poderes do Estado central.

O jogo de equilíbrio entre igualdade e autonomia operou no plano social, econômico e cultural dos diversos países do hemisfério ocidental alterações substanciais, em especial patrocinadas pelo processo de abertura democrática em muitos deles após a década de 1960, que passaram a desenvolver uma nova concepção de bem-estar: o bem-estar justo, participativo e igualitário, fundado no princípio da dignidade da pessoa humana. A crescente intervenção do Estado nos setores social e econômico, através de planos de direção, com a institucionalização de amplas garantias sociais, propiciou um processo de homogeneização e centralização das políticas de bem-estar. Porém, a abertura política, com a ampliação das bases de sufrágio e a crescente participação política e administrativa no âmbito dos processos de tomada de decisão por parte do Estado, exigiram a descentralização das suas funções, de forma a atender, também, as demandas por uma maior eficiência e rapidez na prestação dos serviços de interesse público.

5.2.2 O princípio da igualdade no Brasil representa um limite de contenção da força descentralizadora dos poderes políticos e administrativos, pois é um importante instrumento necessário ao alcance da justiça social em todo o território nacional. A igualdade condiciona autonomia, porém, não pode esvaziar a atuação das entidades fragmentadas, sob pena de suprimir o espaço democrático de participação e autodefinição das próprias políticas públicas locais.

5.3 Autonomia *versus* igualdade

5.3.1 A dicotomia autonomia *versus* igualdade procura equacionar as seguintes questões: 1) a coexistência da determinação constitucional da igualdade das condições de vida de todos indivíduos que fazem parte de um mesmo Estado e o princípio da descentralização político-administrativa; 2) a determinação do conteúdo mínimo de igualdade de condições de vida ou seja, quais os direitos sociais e econômicos que devem fazer parte deste conteúdo mínimo; 3) a problemática da distribuição de competências administrativas e normativas entre os entes autônomos - o princípio da supletividade no direito brasileiro, como garantia do mínimo de igualdade nas políticas sociais e econômicas - tendência centralizadora; 4) e o controle político e administrativo, como forma de atender ao princípio igualitário. Todas estas questões são resolvidas através dos mecanismos de controle jurídicos previstos na Constituição, que ora privilegiam a autonomia, e ora, dão ênfase à igualdade como força de coesão socioeconômica no país, tais como: 1) o critério da equiparação das condições de vida do direito alemão; 2) as discriminações razoáveis e legítimas; 3) as compensações de receita financeira operada pelo Estado central; 4) o princípio da solidariedade; 5) e os sistemas de representação político-partidária das diversas entidades políticas fragmentadas no órgão de representação política do Estado central.

E, ainda: 1) o princípio da descentralização político-administrativa que integra a própria forma do Estado, o que acentua as diferenças sociais; 2) a garantia de igualdade de posições jurídicas e de condições básicas para o exercício dos direitos sociais, econômicos

e culturais, o que exige da infra-estrutura dos órgãos políticos e da Administração Pública uma igualdade no modelo organizatório básico de cada entidade autônoma, muitas vezes à semelhança com o modelo central, em uma tentativa de aproximar os serviços essenciais e fundamentais; 3) a exigência de um mínimo de igualdade, o que acaba por refletir na opção política de cada Estado em eleger qual o conteúdo mínimo dos direitos sociais, econômicos e culturais, cuja competência será reservada ao Estado central. A própria Constituição aponta a importância destes direitos e dos serviços a eles inerentes, sendo matéria de reserva constitucional. Este conteúdo mínimo deve levar em conta um critério de equivalência e uniformidade e não de igualdade absoluta; 4) a posição jurídica dos cidadãos que em cada ente autônomo não pode exceder a determinado nível. A igualdade surge como fator de limitação político-administrativa, refletida na prevalência legislativa do Estado central em matéria de política de bem-estar; 5) a igualdade, no entanto, não pode desnaturar o regionalismo e a federação, por isso a repartição de competências garante o equilíbrio de poderes entre a esfera central e autônoma; 6) e, por fim, a fiscalização no cumprimento das normas de caráter geral e constitucional pelo Estado central, através do controle judicial de constitucionalidade dos regulamentos e leis; do controle político, como a possibilidade de intervenção no Estado brasileiro; e administrativo que servem, também, como garantias do princípio da unidade do Estado, favorecendo o equilíbrio da força autônoma. □

O Novo Aproveitamento do Mandado de Injunção

Eduardo Ribeiro Moreira

Professor de Direito Constitucional da EMERJ e da pós-graduação da UCAM. Doutor em Direito Constitucional pela PUC/SP. Advogado no Rio de Janeiro.

1. O NOVO APROVEITAMENTO DO MANDADO DE INJUNÇÃO

Os recentes votos proferidos em 2006 pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal, até que o julgamento se interrompesse por pedidos de vista, denotam uma mudança de atitude em relação ao mandado de injunção. A nova composição do Supremo Tribunal Federal poderá realizar mudança interpretativa em muitos pontos onde há divergência. Com a renovação de vários ministros é de se esperar que, em qualquer matéria que tenha sido decidida por votação apertada (6 x 5 ou 7 x 4), novas posições sejam invocadas, especialmente em matéria controvertida. Não há maior dissenso entre a doutrina brasileira e a orientação interpretativa do Supremo Tribunal Federal do que no tema mandado de injunção. É o remédio constitucional que visa a combater a falta de regulamentação legal, um dos pontos em que se atribui falta de efetividade ao texto constitucional.

Hoje, festeja-se o neoconstitucionalismo pelos aportes que a teoria do direito adota da teoria constitucional.¹ O ponto que permitiu maior desenvolvimento foi a interpretação constitucional, que concretizou os direitos fundamentais como uma realidade jurídico-

¹ Miguel Carbonel, *Neoconstitucionalismo (s)*, p. 11

brasileira². Como escreveu o Ministro Carlos Ayres Brito, "a Constituição revolucionou mesmo o pensamento jurídico."³ Falta, ainda, concretizar o remédio constitucional que tutela os direitos fundamentais, no caso concreto, para combater as omissões legislativas, ou melhor, a omissão que atinge, no plano concreto, o exercício de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.⁴

O remédio heróico, contudo, foi restringido por uma jurisprudência constitucional demasiadamente limitadora de seus efeitos. O Supremo Tribunal Federal⁵, liderado pelo então Ministro Moreira Alves, arrefeceu as esperanças dos cultores do direito constitucional⁶ de vanguarda⁷. O emblemático mandado de injunção nº 107, em que funcionou como relator o Ministro Moreira Alves, estabeleceu muitos pontos conceituais, questões de ordem⁸, mas que podem ser sintetizadas pela leitura da ementa:

"Mandado de Injunção. Questão de ordem sobre a sua auto-aplicabilidade ou não.

Em face dos textos da Constituição Federal relativos aos mandado de injunção, é ele ação outorgada ao titular de direito, garantia ou prerrogativa a que alude o artigo 5º, LXXI, que visa a obter do Poder Judiciário a declaração de inconstitucionalidade dessa omissão se estiver caracterizada a mora em regulamentar por porte do Poder, órgão, entidade ou autoridade.

² Luis Roberto Barroso, *Interpretação e Aplicação da Constituição*, p. 170.

³ Carlos Ayres Britto, *Teoria da Constituição*, p. 147.

⁴ Constituição Federal, art. 5º, LXXI.

⁵ Como demonstra Oscar Vilhena, o Supremo Tribunal Federal trava uma luta contra a quantidade assombrosa de processos que tem de julgar, e isso se reflete na falta de tempo para decidir as matérias argüidas pelos outros ministros. Daí advêm tantos pedidos de vista em questões cruciais. Cf. Oscar Vilhena, o *Supremo Tribunal Federal*, p. 110.

⁶ Na doutrina de vanguarda, sempre foi sustentada a tese que clamava pelos efeitos concretos concedidos ao mandado de injunção, entre as partes da ação, a ser determinado pelo próprio tribunal.

⁷ João Berthier Soares, *Intérpretes da Constituição*, p. 200.

⁸ Todos esses pontos foram muito bem elaborados, na sua parte técnica; apenas não concordamos com os efeitos atribuídos pela corte suprema brasileira ao mandado de injunção, neste julgamento e nos que a partir dele se seguiram.

de de que ela dependa, com a finalidade de que se lhe dê ciência dessa declaração, para que adote providências necessárias, à semelhança do que ocorre com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (artigo 103, § 2º da Carta Magna), e de que se determine, se se tratar de direito constitucional oponível contra o Estado, a suspensão dos processos judiciais ou administrativos de que possa advir para o impetrante dano que não ocorreria se não houvesse a omissão fixada.⁹

Vê-se que os possíveis efeitos para sanarem a lesividade, no caso concreto, suprindo-se a falta de norma regulamentadora, não foram acolhidos pela simples equiparação à ação direta de inconstitucionalidade por omissão, esta sim com finalidade de dar ciência da omissão inconstitucional ao órgão responsável para a elaboração da norma faltante.

É um juízo lógico que duas ações diversas não podem ser idênticas. Característica idêntica o mandado de injunção e a ação de inconstitucionalidade por omissão só têm uma: ambos não possuem lei regulamentadora própria¹⁰. Com poucas exceções promovidas por tribunais de justiça estaduais, o entendimento prevaletente na jurisprudência sobre o mandado de injunção foi o de equipará-lo à ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Assim, mesmo quando superados os entraves processuais, e a ação fosse julgada procedente, o máximo que acontecia era se informar ao órgão encarregado de produzir a lei que estava em omissão legislativa. Aos poucos, o mandado de injunção foi relegado pelas partes lesadas com a omissão, pois muitos não apostavam mais no seu correto aproveitamento, inobstante os incontáveis reclames doutrinários¹¹. O mandado de injunção passou a ser sempre lembrado como exemplo de falta de efetividade do texto constitucional.

⁹ Mandado de Injunção nº 107, Supremo Tribunal Federal, Min. Relator Moreira Alves.

¹⁰ O projeto de lei nº 4.679, de autoria do Deputado Federal Cunha Bueno, dispõe sobre uma lei regulamentadora para o mandado de injunção e estabelece seu efeito constitutivo para o caso concreto.

¹¹ Luis Roberto Barroso, **A Efetividade das Normas Constitucionais**.

Os reclames doutrinários começaram a produzir eco, que foi sentido, quando o ministro Eros Grau, doutrinador constitucionalista recentemente nomeado, foi relator do mandado de injunção nº 712, impetrado pelo sindicato dos trabalhadores do Estado do Pará em face do Congresso Nacional, para que os servidores gozassem de direito de greve, previsto no artigo 37, VII, da Constituição Federal. O direito de greve para os servidores públicos continua sem materialização, por falta de lei específica exigida ao final do dispositivo constitucional. O ministro relator, embora reconhecesse o princípio da continuidade dos serviços públicos, entendeu a necessidade de se conferir eficácia às decisões proferidas em sede de mandado de injunção. A mora, neste caso, configura-se incompatível com o art. 37, VII da CF/88, e, segundo as palavras do Ministro Eros Grau, "constitui dever-poder deste tribunal a formação supletiva de norma regulamentadora faltante, a fim de remover o obstáculo decorrente da omissão, tornando-se viável o exercício de greve dos servidores públicos."¹²

Esse é o caminho para o novo e correto aproveitamento do mandado de injunção. Outro caso, em que o mandado de injunção (nº 670) foi impetrado também para regulamentar o direito de greve dos servidores policiais civis do Espírito Santo teve julgamento com base no efeito constitutivo, concedido, até o momento, nos votos proferidos. Antes do pedido de vista do Ministro Ricardo Lewandowski, o Ministro Gilmar Mendes, em seu voto, imputou a atividade policial como essencial, e elucidou que, "*diante desse contexto, considerando ainda o enorme lapso temporal dessa inércia, não resta alternativa para o Poder Legislativo quanto a decidir pela regulamentação ou não do tema, cabe, por sua vez, ao Poder Judiciário intervir de forma mais decisiva, de modo a afastar a inoperância de suas decisões em mandado de injunção, e atuar também nos casos de omissão do Poder Legislativo, tendo em vista as balizas constitucionais, que demandam a concretização do direito de greve a todos os trabalhadores.*"¹³

¹² Informativo nº 430 do Supremo Tribunal Federal.

¹³ Informativo nº 430 do Supremo Tribunal Federal.

Nos dois casos, o direito de greve é, por via do mandado de injunção, plenamente concretizável, de forma que as liberdades públicas não ficam desprotegidas. Importante registrar que o respeito absoluto à separação dos poderes, como fora concebido no século XVIII, não é mais condizente com as práticas atuais, principalmente no caso de se adotar o neoconstitucionalismo, que aposta na atuação da jurisdição constitucional¹⁴. A separação dos poderes insere-se, hoje, em um complexo sistema de freios e contra-pesos (*check and balances*), que resguarda a tutela dos direitos fundamentais. A efetividade dada pelo Supremo Tribunal Federal, nos mandados de injunção nº 670 e nº 712, vem aumentar os meios de defesa dos direitos fundamentais. Realizar a efetividade do mandado de injunção é destinar seu correto aproveitamento. Ainda não temos um caso julgado por todos os ministros, pois todos os julgamentos foram interrompidos com pedidos de vista. A postura encontrada nos votos dos citados mandados de injunção, e por diferentes relatores, corrobora o efeito constitutivo para o remédio constitucional, tão defendido pela doutrina.

O Ministro Marco Aurélio, relator do mandado de injunção nº 721, foi direto ao ponto ao asseverar que esta ação é instrumento de natureza mandamental, e, que "cabe ao Judiciário, por força do disposto no art. 5º, LXXI e seu § 1º, não apenas emitir certidão de omissão do Poder incumbido de regulamentar o direito a liberdades constitucionais, a prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, *mas viabilizar, no caso concreto, o exercício desse direito, afastando as conseqüências da inércia do legislador.*" (destaque acrescentado)

Apesar do pedido de vista, acredita-se que, mais cedo do que se pode esperar, será completa a efetividade do mandado de injunção. Agora resta investigar os fundamentos jurídicos de tais decisões, a saber, o correto aproveitamento do mandado de injunção, como mecanismo inserido no direito constitucional processual e, ainda, verificar as diferenças entre o mesmo e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

¹⁴ Pietro Sanchís, *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, p. 142.

2. A EFETIVIDADE DO DIREITO CONSTITUCIONAL PROCESSUAL

A proteção dos direitos fundamentais passa pelo estudo sistemático do direito processual constitucional. Desde que a Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948) inseriu regras processuais de garantia, as constituições nacionais passaram a seguir tal diretriz, como forma não só de permitir o acesso ao Poder Judiciário, mas também como um amparo contra as ações violadoras dos direitos fundamentais.

Desde a primeira garantia positivada - o princípio da legalidade - seguiram-se muitas outras, que não bastam em si mesmas, já que é preciso instrumentalizar as garantias para tornar os direitos efetivos, como nos ensina Norberto Bobbio, na **Era dos Direitos**¹⁵.

Hoje, é o Estado e, mais precisamente, a Constituição que estruturam a Justiça. E é também a Constituição que guia as reformas processuais com vistas à superação da crise processual, já que "sem dúvida o moderno processo deve pensar no social, num processo com dimensão social."¹⁶

Muitas questões podem ser suscitadas pelo processo constitucional, até mesmo temas de relevância nacional, como a presença do ensino do direito nas escolas, com livros educativos que possibilitem melhoria na cidadania, pela percepção de direitos mínimos, como, por exemplo, a conscientização dos direitos políticos. Embora essa vertente seja educacional, estamos também diante do fenômeno do processo educacional civilizatório previsto e garantido constitucionalmente, garantia constitucional pouco propalada no Brasil.

Independente das inúmeras abordagens possibilitadas pelo tema processo constitucional, sabemos que uma é de alta relevância para o Direito brasileiro: o mandado de injunção. O mandado de injunção é um remédio constitucional que tutela direitos subjetivos não exercíveis por causa de norma de eficácia limitada e não regulamentada. A não edição da lei regulamentadora compromete a

¹⁵ Norberto Bobbio, *Era dos Direitos*, p. 6.

¹⁶ Roberto Rosas, *Direito Processual Constitucional*, p. 210.

eficácia de direitos que, embora previstos, não podem ser exercidos por falta de lei, tal como o direito de greve dos serviços públicos, que, por falta de norma regulamentadora especificamente destinada para tal, não é tida como greve legal, embora exista regra geral-constitucional sobre o tema, art. 37, VII, da Constituição Federal. O mandado de injunção é a medida difusa para impedir tal situação-omissão indesejada¹⁷. E a redação do inciso LXXI ainda prevê a palavra “sempre”, que reforça um comando de imperatividade.

As decisões, até os votos acima mencionado, não aplicaram corretamente o mandado de injunção, que merece novo estudo que permita a utilização de tão importante garantia constitucional. Para colaborar com sua expansão, já não sem hora, exploraremos um ponto central, a saber: suas diferenças com a ação de inconstitucionalidade por omissão. Enunciadas as diferenças, poder-se-á formar um conteúdo objetivo acerca da potencialidade e do correto uso deste remédio constitucional, que foi, por quase vinte anos, esvaziado pelos nossos tribunais. Em grande parte, isso se deve à equiparação com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, como visto, a título exemplificativo, no mandado de injunção nº 107.

Cumpre, nessa meta, estabelecer duas premissas mais. Uma é a distinção entre direito processual constitucional e direito constitucional processual. O direito processual constitucional tem o amplo objeto de analisar os instrumentos processuais que garantem o cumprimento das normas constitucionais. Assim, o direito processual constitucional serve à proposta de concretização do direito, material ou processual. Com efeito, verificamos normas acerca do cumprimento da Constituição no seu correto - e não distorcido - processo legislativo próprio, na defesa em face das omissões constitucionais e na defesa intermitente de um processo atrelado aos valores defen-

¹⁷ Vale ler a redação do mandado de injunção:

"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 a propriedade, nos termos seguintes:

LXXI - Conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania".

didados pela Carta Magna¹⁸. Já o direito constitucional processual tem objeto mais delimitado, embora de grandiosa importância, já que é nele que se estudam as normas processuais que versam sobre processo civil, penal, administrativo e trabalhista, e que vão servir de pilares na atividade forense e na formação do Estado Democrático. Este é um estudo principiológico antecedente, já que estuda os princípios atinentes ao direito processual postos na Constituição, enquanto o direito processual constitucional realiza um estudo aberto e projetivo, que inclui toda norma capaz de cumprir e garantir a Constituição - inclusive sua efetividade e seus valores assumidos - esforço incessante que se renova e se (re)descobre a todo momento. Na verdade, a luta pelo correto aproveitamento e garantia da Constituição, mormente objeto central do direito processual constitucional, interage diretamente com a hermenêutica constitucional, já que é esta que descobre, que interpreta as normas de forma a garantir e buscar a força normativa da Constituição.

O pensamento neoconstitucionalista - todo ele, inclusive a aplicação da teoria da argumentação - permite uma revolução jurídica. Muito poucos, externos ao direito, já tiveram a percepção de antever, nas propostas jurídico-filosóficas e jurídicas transformadoras, uma sábia opção de reestruturar não só o direito, mas todo o Estado. A dificuldade do discurso jurídico não pode refrear a manifestação da intelectualidade, que, a seu tempo, abraçou a filosofia, a sociologia, a psicanálise e a economia. O conhecimento acerca do novo paradigma jurídico ainda é raro - presente apenas nos cursos de mestrado e doutorado em Direito - e um dos deveres é divulgar os muitos aspectos das novas teorias. A essência (no significado da palavra grega *eidos*) da revolução que o direito possa permitir talvez ainda dependa de dois fazeres: primeiro, a unificação dos postulados neoconstitucionalistas em uma corrente comum agregada por seus elementos e, segundo, a tradução dos mesmos para todos os interessados. Afinal, ser moderno é saber ser revolucionário e devi-

¹⁸ Sustentamos, com Eros Grau (2005), que a Constituição não é isenta, pois enuncia valores e opções a todo o momento. Opções que devem levar em conta sua própria pré-compreensão, enquanto Poder Constituinte, diante das ameaças e fatores reais sociais e de poder. As manifestações constitucionais devem ser garantidas no processo por instrumentos novos, já que os atuais não dão conta de desburocratizar e impor os valores perseguidos.

damente conservador ao mesmo tempo, como ensina Marshal Berman, no livro **Tudo o que é Sólido Desmancha no Ar**. Por fim, definido seu objeto, como segunda premissa, é importante definir a linha de pesquisa que pode servir dentro do estudo do direito processual constitucional, já que este pode servir como a teoria geral que estabelece princípios e garantias que irão prevalecer no resguardo da constituição.

Nesse campo, insere-se a força do mandando de injunção como ação, isto é, como garantia fundamental, na proteção da Constituição.

3. DIFERENÇAS ENTRE O MANDADO DE INJUNÇÃO E A AÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO

Para expor as diferenças sobre as duas ações, devemos esclarecer que existem aqueles que acreditam (inclusive ex-ministros do Supremo Tribunal Federal) que estas ações são quase iguais, só divergindo nos aspectos que a lei estabelece claramente (legitimidade e competência). Buscando o correto aproveitamento do mandado de injunção, vamos demonstrar que muitas são as diferenças.

A um: Quanto à legitimidade, na ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão, o artigo 103 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 elenca taxativamente aqueles que podem propor esta ação. Ocorre justamente o oposto no mandado de injunção, quando qualquer um que esteja impossibilitado de exercer seus direitos subjetivos, relacionados no artigo 5º LXXI da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, por ausência de norma regulamentadora, poderá ser autor da ação. Qualquer cidadão que queira, dentro da previsão legal, terá o direito de impetrar o mandado de injunção; por isso, diz-se que é uma ação para todos, no exercício de sua legitimação ordinária.

A dois: Quanto à eficácia da decisão, já que no mandado de injunção a sentença proferida só terá efeito para as partes que integrem a relação processual (*inter partes*). A distinção faz-se porque, na ação de inconstitucionalidade por omissão, o alcance do provimento jurisdicional será *erga omnes*, para todos que puderem ser beneficiados com tal decisão, tal como ocorre na Ação Direta de Inconstitucionalidade por ação.

A três: A competência da ação de inconstitucionalidade por omissão é exclusiva e originária do Supremo Tribunal Federal¹⁹. O mandado de injunção indica controle difuso e não concentrado, como acontece na ação de inconstitucionalidade por omissão. A competência do mandado de injunção está prevista além do Supremo Tribunal Federal para os tribunais integrantes de toda as justiças - justiça comum estadual e federal e justiças especiais. Esta distribuição de competências obedece aos longos critérios previstos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, e relaciona-se com as matérias objetos da injunção.

A quatro: As diferenças aplicam-se nos direitos objetos destas duas ações. Na ação de inconstitucionalidade por omissão admite-se proteção do texto constitucional face ao não cumprimento do dever de legislar por ela imposto, e que é encontrado em qualquer norma constitucional de eficácia limitada e pendente de regulamentação; o mandado de injunção, por sua vez, restringe sua apreciação apenas aos direitos concernentes à liberdade constitucional e às prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, definidos no artigo 5º, LXXI da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Nagib Slaibi dá uma lição:

"A injunção visa tutelar direitos e liberdades previstos expressa ou implicitamente na Constituição (observe-se que a expressão "direitos e liberdades constitucionais" é mais abrangente que "direitos e garantias fundamentais" previstos no Título II), bem como as prerrogativas inerentes à nacionalidade (referida no art. 12: é o vínculo jurídico-político ligando o indivíduo a determinado Estado); cidadania (art. 14: e sentido estrito e jurídico, é o poder do indivíduo de participar do Governo, exercendo função pública, elegendo, sendo eleito; em sentido amplo ou sociológico, é o poder do indivíduo de se integrar plenamente na vida social, conforme o sentido do art.

¹⁹ No âmbito estadual, algumas constituições estaduais, como a do Rio de Janeiro, admitem a ação de inconstitucionalidade por omissão, que deverá ser julgada pelo Órgão Especial do TJ, o que mantém a característica de jurisdição concentrada.

1º, II); soberania (art. 14: é o poder de fixar os próprios limites de atuação - pertence, em regime democrático, ao povo; ver os arts. 1º, I; 4º, III)''²⁰

Ainda assim, vê-se que o raio de direitos objetos da ação de inconstitucionalidade por omissão é distinto do mandado de injunção, que, por sua vez, é mais limitativo, pois não estende seus efeitos a todas as normas constitucionais.

A cinco: As duas ações diferem quanto à natureza jurídica, já que a ação de inconstitucionalidade por omissão é instrumento de controle de constitucionalidade e, como tal, visa sanar as situações que contrariem a Constituição, e o mandado de injunção, por sua vez, é um remédio constitucional que tutela as garantias maiores dos indivíduos, por proteção constitucional, e também é uma cláusula pétrea.

A seis: Quanto ao objeto, o mandado de injunção tutela os direitos subjetivos, arrolados no inciso LXXI do art. 5º, enquanto a ação de inconstitucionalidade por omissão é destinada à proteção dos direitos objetivos, violados com a omissão inconstitucional.²¹

A sete: A finalidade. É ponto pacífico que, na ação de inconstitucionalidade por omissão, caberá ao Supremo Tribunal Federal "dar ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias." Mas ocorrem dúvidas, ao interpretar a *ratio legis* do mandado de injunção e descobrir a sua finalidade. Se a conclusão for diversa, ou seja, não no sentido de apenas dar ciência ao legislativo, então estamos diante de mais uma diferença em relação à ação de inconstitucionalidade por omissão. Na maioria dos casos, erroneamente equipara-se a finalidade das ações, como ensina José Afonso da Silva:

"O mandado de injunção ... não visa obter a regulamentação prevista na norma constitucional. Não é função do mandado

²⁰ Nagib Slaibi, *Direito Constitucional*, p. 524-525.

²¹ Guilherme Peña de Moraes, *Direito Constitucional*, p. 266.

*de injunção pedir a expedição de norma regulamentadora, pois ele não é sucedâneo da ação de inconstitucionalidade por omissão. É equivocada, portanto, **data venia**, a tese daqueles que acham que o julgamento do mandado de injunção visa à expedição de norma regulamentadora do dispositivo constitucional dependente de regulamentação, dando a esse remédio o mesmo objeto da ação de inconstitucionalidade por omissão.*"²²

Em outros casos, decidindo sobre o mandado de injunção, alguns tribunais têm dado prazo para o cumprimento da regulamentação. Outros tribunais, ainda quando verificado que nada foi feito para sanar a omissão legislativa, vêm, em raros casos, se pronunciando sobre o mérito da norma constitucional, tomando as providências necessárias - satisfativas - para preencher as lacunas existentes, como ocorrido nos votos dos mandados de injunção nº 670, 712 e 721 do Supremo Tribunal Federal. A doutrina majoritária é unânime ao apontar como divergentes as finalidades destas duas ações:

*"Em se tratando de mandado de injunção não se há de cogitar desta comunicação, cabendo ao Judiciário, de forma imediata, suprir a lacuna existente e assim tornar viável o exercício daqueles direitos a que se refere o art. 5º, inciso LXXI."*²³

Uma corrente intermediária, muito coerente, afirma que primeiro se deve intimar o Legislativo para o cumprimento da regulamentação. Caso não seja feito dentro de um prazo certo - por ex: um ano - algo para sanar as omissões legislativas reconhecidas pelo mandado de injunção, o próprio tribunal competente deve tomar nova decisão, fazendo com que a parte possa usufruir do direito assegurado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e referendado pelo Poder Judiciário.

Como ocorre no mandado de injunção, a jurisprudência sobre a ação de inconstitucionalidade por omissão é escassa; no en-

²² José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 450.

²³ Ivo Dantas, *Valor da Constituição*, p. 125.

tanto, não restam dúvidas. A ação de inconstitucionalidade por omissão, para ser admitida, deve versar sobre as normas constitucionais que precisem de regulamentação para tornarem-se plenamente eficazes e capazes de produzir seus efeitos. Nem todas as normas constitucionais de eficácia limitada que não forem cumpridas serão objetos da ação de inconstitucionalidade por omissão. Para que a ação de inconstitucionalidade por omissão seja apreciada, deve existir uma omissão, derivada de imposição da norma constitucional que exija o seu cumprimento. Para esclarecer melhor, damos um exemplo hipotético de norma constitucional Y que deverá ser definida por lei específica. Existe neste caso uma imposição legal para o cumprimento da norma constitucional Y, que é a lei específica, sendo esta exigida para que tal norma possa produzir plenos efeitos. Se não for editada a referida lei específica, caracteriza-se a omissão legislativa. Nesses casos, observamos uma obrigação imposta ao legislador e não mera faculdade.

*"Todavia, nos casos em que a Lei maior impõe ao órgão legislativo o dever de editar norma regulamentadora da atuação de determinado preceito constitucional, sua abstenção será ilegítima e configurará um caso de inconstitucionalidade por omissão."*²⁴

A oito: O conteúdo da decisão é mais um ponto em que se apresentam diferenças. A decisão, por um lado, é declaratória quando se trata de inconstitucionalidade por omissão face aos órgãos legislativos, mas, por outro lado, também poderá mandar o órgão administrativo cumprir as providências necessárias e, nesse caso, será mandamental. Diferentemente, no mandado de injunção ela é constitutiva (mandamental para o ministro Marco Aurélio), já que visa preencher lacuna provocada pela falta de regulamentação, segundo importantes autores que confirmam essa posição. Como segunda posição - adotada pelo Supremo Tribunal Federal - a decisão será apenas declaratória, nos casos em que seus efeitos são equiparados à ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

²⁴ Luis Roberto Barroso, O Direito Constitucional e a Efetividade das suas normas, p. 164.

Os que mais pleiteiam ação de inconstitucionalidade por omissão, dentre os poucos legitimados, são as confederações sindicais e as entidades de classe de âmbito nacional (art. 103, IX).

A argüição de inconstitucionalidade por omissão nunca pode ter por objeto um texto legal positivo (lei, medida provisória, portaria etc..) que sirva de regulamentação, já que a admissibilidade real de tal ação consiste na negativa do responsável em legislar, na omissão, portanto. Neste sentido, votou o plenário do Supremo em 10/02/94, na ação direta de inconstitucionalidade nº 986-9, ministro relator Néri da Silveira.

Parte da jurisprudência consagrou, ao longo dos anos, que:

I - quando houver a faculdade do legislador, ou II - quando não for manifestadamente imposto o dever de legislar, não se admite a ação de inconstitucionalidade por omissão. Este argumento vem sendo usado para não admitir ação de inconstitucionalidade por omissão em determinados casos.

De acordo com o que foi exposto, tudo nos leva a acreditar que o legislador constituinte perdeu a oportunidade de inovar e sanar os problemas de omissões constitucionais existentes pela forma com que foi tratada a ação de inconstitucionalidade por omissão na Lei 9.868/99 que, ao regulamentar a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade, não fez uma única menção à modalidade por omissão. O mandado de injunção, por ironia, continua a aguardar lei regulamentar própria.

4. CONCLUSÃO

O processo constitucional orienta-se para a concretização do direito, realizando a salvaguarda das normas constitucionais. O mandado de injunção não foi à toa classificado como remédio constitucional, pois visa à garantia da Constituição, em seus direitos maiores, como as liberdades constitucionais. O neoconstitucionalismo amplia as possibilidades de efetividade do texto constitucional. Nesse sentido, o novo aproveitamento dado ao mandado de injunção por alguns ministros do Supremo Tribunal Federal (nº 670, 712 e 721) é o correto, e o que mais pode destinar eficácia constitucional.

Desde que o instituto jurídico foi criado, até hoje não foi alcançado seu correto e pleno aproveitamento e, em grande parte, tudo se deve à equiparação feita pela jurisprudência entre os efeitos do

mandado de injunção e da ação de inconstitucionalidade por omissão. Aqui se tentou, sucinta e objetivamente, estabelecer os oito pontos em que tais institutos jurídicos se diferenciam. Como se vê, não são poucos os momentos de traços distintivos. Com essa base constitucional, o ministro Marco Aurélio, relator do mandado de injunção nº 721, diferenciou os dois institutos, atribuindo efeito concreto ao mandado de injunção. Esse é o aproveitamento que se espera seja seguido.

As únicas semelhanças entre a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção são duas. A primeira é o tema central de omissão legislativa derivada da Constituição, já que as duas ações combatem, cada uma à sua maneira, as omissões, isto é, a falta de norma regulamentadora exigida pelo texto constitucional. A segunda semelhança ocorre por imensa ironia, pois ambas não têm lei regulamentar procedimental própria. O mandado de injunção é o único remédio constitucional que não tem lei própria, já que usa como tal a lei emprestada do mandado de segurança e, por sua vez, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão também usa a lei da ação direta de inconstitucionalidade por ação, que não faz distinções com a modalidade por omissão, ignorando as peculiaridades desta.²⁵

Espera-se uma mudança na tomada de decisões, no sentido de estabelecer o correto aproveitamento do mandado de injunção. É momento de se ajuizar o mandado de injunção para que o Poder Judiciário reconheça seus efeitos concretos e, de uma vez por todas, afaste a nociva equiparação do mesmo com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Vale buscar a efetividade constitucional, afinal são tempos de neoconstitucionalismo!☞

²⁵ É interessante que todos os demais remédios constitucionais tenham leis procedimentais próprias: o *habeas corpus* é regulado pelos artigos 647 até 667 do CPP; o *habeas data* é regido pela Lei 9.289/96; o mandado de segurança pela antiga Lei 1.533/51; já a ação popular pela Lei 4.717/65; o mandado de segurança coletivo por sua vez pela Lei 4.348/64; com a Lei 7.347/85 cuidando da ação civil pública, somente o mandado de injunção ficou sem lei regulamentadora. No procedimento de controle concentrado todas as demais formas contam com lei específica. A Lei 9.868/99 trata da ação direta de inconstitucionalidade na primeira parte e da ação declaratória de constitucionalidade na segunda parte da lei; a ação de descumprimento de preceito fundamental foi regulamentada pela Lei 9.882/99; já a antiga ação interventiva foi tratada na Lei 8.038 que cuida dos julgamentos no STF e STJ, ficando a ação direta de inconstitucionalidade por omissão sem regulamentação específica. Sofrem as duas ações do veneno que buscam curar.

Dano Moral por Uso de Imagem do Empregado

José Geraldo da Fonseca

Desembargador do TRT/RJ. Professor da EMERJ.

INTRODUÇÃO

Está no **Gênesis** que Deus criou o homem à sua imagem e semelhança¹. Não há melhor *selo de qualidade* que se possa imprimir à imagem do homem, que esse. A imagem tem de ser vista sob dois ângulos: no *plano interno*, é a visão da pessoa sobre si própria; no *plano externo*, o juízo que os outros têm de determinada pessoa². O dano à imagem tem previsão constitucional³ e infraconstitucional⁴, e sua proteção estende-se para além da vida⁵ (embora também seja certo que, como direito da personalidade, o direito à própria imagem se extingue com a morte do sujeito titular)⁶.

Em maior ou menor grau, todas as civilizações cultuam a imagem. Entre nós, várias tribos indígenas, como os *corubos*, não se deixam fotografar por medo de que as máquinas capturem os seus espíritos. A **Revista Planeta** informou no nº 13 de suas edições, em set/1973, que o *rei Yahia, do lêmen*, proibiu, em 1940, a entrada de fotógrafos em seu

¹ Gênesis, 1. 27 e 5.1.

² STOCCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. Ed.RT, 6ª ed, p. 1.621.

³ CF/88, art. 5º, V.

⁴ Cód.Civil, art. 20: "Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se destinarem a fins comerciais".

⁵ BELTRÃO, Sílvio Romero. **Direitos da Personalidade de Acordo com o Novo Código Civil**. Ed. Atlas, SP, 2005, p.125, diz: "A proteção ao direito da personalidade à imagem estende-se além da vida, possibilitando a proteção da imagem de pessoa morta, atribuindo-se legitimidade para pleitear tal proteção aos herdeiros necessários".

⁶ STOCCO, Rui. *Op.cit.* p.1.628.

palácio, e punia com pena de morte quem tentasse fotografá-lo porque, segundo uma maldição particular, se a sua imagem fosse reproduzida, e se essa reprodução corresse mundo, ele e toda a sua família morreriam⁷.

De ontem para hoje, a Justiça do Trabalho foi assolada por enxurrada de ações em que se busca *reparação por dano moral por violação ou uso indevido de imagem*. Até que ponto essas lides têm raiz verdadeira, ou são, apenas, mais uma versão *light* da surrada "indústria do dano moral", é questão que os juízes do trabalho terão de garimpar a cada dia.

Este estudo é apenas um esboço de doutrina sobre o ponto.

CONCEITO DE DANO MORAL

A construção de uma ordem jurídica justa se assenta no princípio universal do *neminem laedere* (não prejudicar a ninguém)⁸. Como regra, a doutrina ensina que *dano é a efetiva diminuição do patrimônio*, e consiste na *diferença* entre o valor atual do patrimônio do credor e aquele que teria se a obrigação tivesse sido exatamente cumprida⁹, ou toda desvantagem que experimentamos em nossos bens jurídicos (patrimônio, corpo, vida, imagem, saúde, honra, crédito, bem-estar, capacidade de aquisição etc¹⁰. Dano é pressuposto da responsabilidade civil¹¹. FORMICA, adotando conceito de MINOZZI, repudia essa *noção* meramente *patrimonial* do dano (*a de que dano é diminuição de patrimônio*) para defini-lo como toda *diminuição ou subtração* de um *bem jurídico* e - apoiando-se em GABBA - que *dano moral* é todo aquele causado injustamente a outrem, que não atinja ou diminua o seu patrimônio¹². *Seja dito*: Dano é qualquer lesão experimentada pela vítima em seu patrimônio, no complexo de seus bens jurídicos, materiais ou morais¹³. *Patrimônio*

⁷ BARBOSA, Álvaro Antônio do Cabo Notaroberto. *Direito à Própria Imagem - Aspectos Fundamentais*. Ed. Saraiva, São Paulo, 1989, p.1.

⁸ BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação Civil por Danos Morais*. Ed. RT, SP, 3ª ed., 1997, 3ª edição, p. 21.

⁹ POLACCO. *Le obbligazione nel diritto civile italiano*, v. I, nº 126.

¹⁰ ENNECERUS. *Direito das Obrigações*, v. I, §10.

¹¹ BITTAR, Carlos Alberto. *Op.cit.*, p.17.

¹² AGOSTINHO ALVIM, Agostinho. *Da Inexecução das Obrigações*. Ed. Saraiva, 1949, p.154/155.

¹³ BITTAR, Carlos Alberto. *Op.cit.*, p.17.

é o conjunto das relações jurídicas de uma pessoa, apreciáveis em dinheiro¹⁴. Para que um dano seja reparável, não basta a prova da lesão, mas a de que esse bem lesionado seja um bem jurídico¹⁵. Está em HENRI DE PAGE: que esse prejuízo "seja resultante de uma lesão a um direito"¹⁶, isto é, que haja prova do nexo de causa entre o prejuízo e a ação do ofensor¹⁷.

Dano moral - a lição é de Savatier¹⁸ - é qualquer sofrimento que não seja causado por uma perda pecuniária¹⁹. É a "penosa sensação de ofensa, na humilhação perante terceiros, na dor sofrida, enfim, nos efeitos puramente psíquicos e sensoriais experimentados pela vítima do dano, em consequência deste, seja provocada pela recordação do defeito da lesão, quando não tenha deixado resíduo mais concreto, seja pela atitude de repugnância ou de reação ao ridículo tomada pelas pessoas que o defrontam"²⁰. Como regra, todo aquele que causar prejuízo a outrem deve indenizá-lo (*neminem laedere*)²¹. Na responsabilidade civil, a vítima tem de provar a ação ou a omissão culposa do agressor, o nexo de causalidade e o dano²². Na responsabilidade civil do empregador por dano moral, o empregado somente tem de provar o fato e o nexo de causalidade. Não se exige prova do dano (prejuízo concreto)²³ porque a seqüela

¹⁴ STOCCO, Rui. *Op. cit.* p.1.179.

¹⁵ ALESSI, Renato. *La responsabilità della pubblica amministrazione*. Milano: Giuffrè Editore, 3. ed., 1955, p. 8 e 9.

¹⁶ DE PAGE, Henri. *Traité Élémentaire de Droit Civil Belge*. 10. Ed. Bruxelles: Émile Bruylant, 1950, v. 2, n. 498, cit. p. STOCCO, Rui, *op. cit.*, p. 1.179.

¹⁷ BITTAR, Carlos Alberto, *Op.cit.*, p.17, diz que para se configurar a obrigação de indenizar é preciso demonstrar "que o resultado da lesão (dano) proveio de atuação do lesante (ação ou omissão antijurídica) e como seu efeito ou consequência (nexo causal ou etiológico)."

¹⁸ *Traité de Responsabilité Civile*, v. II, n. 525.

¹⁹ AGUIAR DIAS, José de. *Da Responsabilidade Civil*, 11ª edição, 2006, Ed. Renovar, p.1008, diz, citando acórdão de Pedro Lessa: "O dano moral é o que se sofre como repercussão de um mal ou dano não conversível em dinheiro. A indenização por dano moral tem por fim ministrar uma sanção para a violação de um direito que não tem dominador econômico. Não é possível a sua avaliação em dinheiro, pois não há equivalência entre o prejuízo e o ressarcimento. Quando se condena o responsável a reparar o dano moral, usa-se de um processo imperfeito, mas o único realizável, para que o ofendido não fique sem uma satisfação".

²⁰ AGUIAR DIAS, José de. *Op.cit.*, p.1.009.

²¹ Cód. Civil, art. 927: "Aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo".

²² COUTO DE CASTRO, Guilherme. *A responsabilidade civil objetiva no direito brasileiro - O papel de culpa em seu contexto*. Ed. Forense, RJ, 1997, p.7.

²³ O II TACSP. Ap. 630.010-0/6, de 22/4/2002, Rel. Juiz Artur Marques, disse: "É presumível a dor que dá ensejo à indenização por dano moral pois se trata de cônjuge e filhas".

moral é subjetiva²⁴. O dano moral existe *in re ipsa*, isto é, deriva do próprio fato ofensivo, de tal sorte que, provada a ocorrência do fato lesivo, a seqüela moral aflora como presunção *hominis* (ou *facti*) que decorre das regras da experiência comum, daquilo que ordinariamente acontece²⁵. Provados, pois, o fato e o nexó causal, a dor moral é presumível, pois liga-se à esfera íntima da personalidade da vítima e somente ela é capaz de avaliar a extensão de sua dor. Na dúvida, vige o princípio *in dubio pro creditoris*, isto é, "na dúvida, a atenção do julgador deve voltar-se para a vítima"²⁶ porque "a nossa dor não sai no jornal"²⁷.

Nem todo dano é indenizável. Apenas o injusto o é. São danos justos, e portanto irreparáveis, os que provêm das forças da natureza ou do acaso (*caso fortuito e força maior*) e os definidos no direito posto (*legítima defesa própria ou de terceiros, devolução da injúria, desforço pessoal, destruição de coisa para remoção de perigo*, entre outros) ou aqueles causados pelo próprio lesado (*culpa exclusiva da vítima*). É claro que nem todo sofrimento, dissabor ou chateação em razão de uma ofensa tipifica dano moral²⁸. É necessário que a agressão extrapole os aborrecimentos *normais* de tantos quantos vivem em coletividade²⁹. O que se pode entender por "aborrecimentos normais" é também casuístico e depende de uma avaliação *objetiva* e *subjetiva* que somente o juiz pode fazer diante do caso concreto. A doutrina recomenda que, na avaliação de situações de fato onde se

²⁴ Em sentido contrário, CIANCI, Mirna. **O valor da reparação moral**. Ed. Saraiva, 2003, p. 44, *verbis*: "O reconhecimento do dano moral depende da verificação do efetivo abalo causado à esfera ideal do ofendido".

²⁵ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**, Malheiros Editores, 2ª ed., 1998, p. 80.

²⁶ CASILLO, João. **Dano à pessoa e sua indenização**. 2.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994, p. 87, cit. p. STOCCO, Rui, *op. cit.*, p.1.188.

²⁷ A frase é de uma música de Chico Buarque.

²⁸ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Op.cit.*, p. 78.

²⁹ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Op.cit.*, p.78, diz: "Nessa linha de princípio, só deve ser reputado como dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fúgindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar. Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral, porquanto, além de fazerem parte da normalidade do nosso dia-a-dia, no trabalho, no trânsito, entre amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo. Se assim não se entender, acabaremos por banalizar o dano moral, ensejando ações judiciais em busca de indenizações pelos mais triviais aborrecimentos".

pede reparação moral, o juiz siga a lógica do razoável, isto é, que tome por paradigma o *meio-termo* entre o *homem frio e insensível* e o *homem extremamente sensível*³⁰. Os danos morais são *inquietações graves do espírito, turbações de ânimo, desassossego aviltante e constrangedor* que tira a pessoa do eixo de sua rotina, a ponto de lhe impor sofrimento psicofísico cuja seqüela seja facilmente identificável se comparado o comportamento atual e aquele outro, anterior à conduta ofensiva³¹.

A obrigação de indenizar *não pressupõe* existência de *culpa* porque na *responsabilidade civil* importa a pessoa do ofendido, e não a do *ofensor*, a quantificação do prejuízo, e não da *culpa* no evento lesivo³². O objeto da indenização não está na lesão em si, mas no dano produzido³³. O que se repara com a fixação de certa soma em dinheiro evidentemente não é a lesão, abstratamente considerada - *que essa, sendo subjetiva, não pode ser medida eficazmente nem mesmo pela própria vítima* -, mas a dor moral, o sofrimento (ainda que físico), a humilhação, a quebra do decoro, da auto-estima, a diminuição social, o afeamento da pessoa considerado do seu ponto de vista, isto é, do conceito que faz de si mesma (*honra subjetiva*), e do ponto de vista das pessoas com quem se relaciona habitualmente (*honra objetiva*)³⁴, ou, para o caso deste estudo, a exposição pública que decorre do uso indevido ou desautorizado da imagem.

O "PREÇO DA DOR"

A indenização mede-se pela *extensão do dano*³⁵, mas, se houver *excessiva desproporção* entre a *gravidade da culpa* e o *dano*, o

³⁰ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Op. cit.* p. 76.

³¹ BITTAR, Carlos Alberto. *Op. et p. cit.* "... os morais se traduzem em turbações de ânimo, em reações desagradáveis, desconfortáveis, ou constrangedoras, ou outros desse nível, produzidas na esfera do lesado. Atingem, respectivamente, a conformação física, a psíquica e o patrimônio do lesado, ou seu espírito, com as diferentes repercussões possíveis...".

³² MARMITT, Arnaldo. *Perdas e Danos*, Ed. AIDE, RJ., 3ª edição, 1997, p. 132.

³³ STOCCO, Rui, *op. cit.*, p. 1.183, diz: "O dano material, não sendo possível o retorno ao *statu quo ante*, se indeniza pelo equivalente em dinheiro, enquanto o dano moral, por não ter equivalência patrimonial ou expressão matemática, se compensa com um valor convencional, mais ou menos aleatório".

³⁴ MONTEIRO FILHO, Carlos Edson do Rego. *Elementos da Responsabilidade Civil por Dano Moral*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 103/104.

³⁵ Cód. Civil, art.944: "A indenização mede-se pela extensão do dano".

juiz pode reduzir, *eqüitativamente*, o valor da indenização³⁶. Como essa adequação eqüitativa refere-se a *graus de culpa*³⁷, a regra do parágrafo único do art. 944 do Código Civil somente se aplica aos casos de *responsabilidade subjetiva* porque, nos demais, a *responsabilidade é objetiva e prescinde da culpa*³⁸. A doutrina³⁹ faz crítica severa a essa possibilidade de diminuição, pelo juiz, porque, se indenizar é repor a vítima ao *statu quo ante*, indenizar pela metade é responsabilizar a vítima pelo resto⁴⁰. A *natureza jurídica* da quantia em dinheiro que se pede por lesão moral é *compensatória*⁴¹, e não *indenizatória*⁴². A locução *indenizar* provém de *in + damnum*, isto é, *sem dano*, o que implicaria tornar as coisas ao exato ponto em que estavam se a lesão não tivesse ocorrido. Como na lesão moral isso não é possível, o juiz *arbitra*⁴³ uma quantia que possa, ao mesmo tempo, *compensar* a dor moral da vítima e *desestimular* o agressor de reincidir na conduta lesiva⁴⁴. Não pode ser *restitutio in integrum* (restituição integral, indenização pelo todo) pela só-razão

³⁶ Cód. Civil, art. 944, parágrafo único.

³⁷ O art. 945 do Código Civil diz o seguinte: "*Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade da sua culpa em confronto com a do autor do dano*".

³⁸ Enunciado nº 46 aprovado na Jornada de Direito Civil realizada em setembro/2002 pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal.

³⁹ STOCO, Rui. *Op.cit.*, p. 1.188.

⁴⁰ PIZZARO, Ramon Daniel. **Daño Moral**. Buenos Aires: Ed. Hammurabi, 1996.

⁴¹ MARMITT, Arnaldo, *op.cit.*, p.129, diz: "*A dificuldade em encontrar em muitos casos uma estimação adequada ao dano moral, ao sentimento íntimo de pesar, não deve jamais impedir a fixação de uma quantia compensatória, que mais se aproxime do justo, ao menos para abrandar a dor e para servir de lenitivo à prostração sofrida. Não se exige uma exata e eqüitativa reparação, mas que simplesmente pareça justa e razoável para cada caso*".

⁴² BITTAR, Carlos Alberto, *Op.cit.*, p.25/26, apoiando-se em Geneviève Viney, **Les obligations - La Responsabilité: conditions**, 1982, Paris, Librairie Générale, 1982, p. 50 diz que "*a indenização por dano moral repousa na exigência de pagamento de certa soma de dinheiro pelo lesante ao lesado, de modo espontâneo, ou sob ordem judicial em processo próprio. Cuida-se, primordialmente, de fazer incidir sobre o patrimônio do lesante garantia comum dos credores a responsabilidade pelos efeitos danosos experimentados pelo lesado, repondo-se as partes no estado anterior. Vale dizer: objetiva-se restabelecer o equilíbrio no mundo fático rompido pelas conseqüências da ação lesiva, porque interessa à sociedade a preservação da ordem existente e a defesa dos valores que reconhece como fundamentais na convivência humana*".

⁴³ MARMITT, Arnaldo, *Op.cit.*, p.138, *verbis*: "E como a lei não oferece melhores elementos ao magistrado, a ele se torna permitido usar de todos os mecanismos lícitos para construir a maneira de reparar o mal causado, maneira essa que lhe pareça a mais adequada e justa possível".

⁴⁴ BODIN DE MORAES, Maria Celina. **Danos à Pessoa Humana - Uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 2003, p. 227.

de que não se pode conhecer, *exatamente*, a extensão do dano, nem de *pretium doloris* (preço da dor) porque dor não se paga em dinheiro, mas a de um conforto material que não seja exorbitante a ponto de constituir-se em *lucro capiendo* (captação de lucro) nem minguido a ponto de deixar na vítima e no agressor a sensação de impunidade⁴⁵. De fato, ao fixá-la, o juiz deve ater-se ao princípio de que o *dano não pode ser fonte de lucro*⁴⁶. Essa soma compensatória que se arbitra em favor da vítima do dano moral tem caráter *marcadamente punitivo*⁴⁷, conquanto parte da doutrina o negue⁴⁸.

PRESSUPOSTOS GENÉRICOS DE AFERIÇÃO DO DANO MORAL

Postas as premissas de que a quantia estipulada para a lesão moral tem *natureza compensatória*, sob a óptica da vítima, e *pedagógica, preventiva e punitiva*, sob a óptica do ofensor, e que deve ser fixada pelo juiz com prudência, de modo a que não se constitua em fonte de lucro para o lesado nem de empobrecimento desnecessário do causador do dano⁴⁹, a doutrina⁵⁰ sinaliza com os seguintes parâmetros aleatórios (*conteúdos abertos*) para a estimação da reparação:

"a) - evitar indenização simbólica e enriquecimento sem justa causa, ilícito ou injusto da vítima. A indenização não poderá

⁴⁵ SILVA PEREIRA, Caio Mário da. **Responsabilidade Civil**. Ed. Forense, RJ, 1977, p. 316/317.

⁴⁶ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Op.cit.*, p. 81.

⁴⁷ COUTO DE CASTRO, Guilherme. *Op.cit.*, p. 46.

⁴⁸ A respeito da *punitividade* contida na quantia que se fixa para efeito *reparatório* da lesão moral, prevaleceu na **Comissão de Obrigações e Responsabilidade Civil**, que integrei, por deferência da EMATRA/RJ, instituída para a IV Jornada de Direito Civil realizada em Brasília entre os dias 25 e 27 de outubro do corrente, sob auspícios do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, a diretriz de que a condenação tem, sim, *caráter punitivo*, ainda que soe estranho ao Direito Civil a idéia de "pena", própria da ciência penal. Na ocasião, apresentei enunciado sobre o tema, excluindo, de propósito, o caráter punitivo da condenação, substituindo-o por *natureza pedagógica*, de modo a *desestimular a reiteração da conduta lesiva*, mas a idéia de *punitividade* vingou ao peso dos argumentos do Prof. Clayton Reis.

⁴⁹ Nesse sentido, enunciado que apresentei à IV Jornada de Direito Civil, *verbis*: "*Na quantificação do valor da condenação por danos morais, que terá caráter pedagógico, preventivo e compensatório, e não indenizatório, o juiz arbitrará objetiva e subjetivamente o valor que entender justo e razoável, de modo a desestimular a reiteração da ofensa e minorar o sofrimento do ofendido, levando em conta a primariedade ou a reincidência do ofensor, o efetivo sofrimento da vítima, sua personalidade e condição social, a concorrência de culpas, a necessidade do ofendido e a possibilidade do ofensor, o grau de repercussão da ofensa, o contexto em que a ofensa ocorreu e o tempo decorrido entre o ato dito ofensivo e a exigência de sua reparação em juízo*".

⁵⁰ DINIZ, Maria Helena. **Responsabilidade civil**. 7ª volume, 17ª ed., Saraiva, RJ, 2003, p. 87/97.

ter valor superior ao dano, nem deverá subordinar-se à situação de penúria do lesado; nem poderá conceder a uma vítima rica uma indenização inferior ao prejuízo sofrido, alegando que sua fortuna permitiria suportar o excedente do menoscabo;

b) - não aceitar tarificação, porque esta requer despersonalização e desumanização, e evitar porcentagem do dano patrimonial;

c) - diferenciar o montante indenizatório segundo a gravidade, a extensão e a natureza da lesão;

d) - verificar a repercussão pública provocada pelo fato lesivo e as circunstâncias fáticas;

e) - atentar às peculiaridades do caso e ao caráter anti-social da conduta lesiva;

f) - averiguar não só os benefícios obtidos pelo lesante com o ilícito, mas também a sua ulterior situação econômica;

g) - apurar o real valor do prejuízo sofrido pela vítima;

h) - levar em conta o contexto econômico do país. No Brasil, não haverá lugar para fixação de indenização de grande porte, como as vistas nos Estados Unidos;

i) - verificar a intensidade do dolo ou o grau de culpa do lesante (CC, art. 944, parágrafo único);

j) - basear-se em prova firme e convincente do dano;

l) - analisar a pessoa do lesado, considerando a intensidade de seu sofrimento, seus princípios religiosos, sua posição social ou política, sua condição profissional e seu grau de educação e cultura;

m) - aplicar o critério de justum ante as circunstâncias particulares do caso sub judice (LICC, art. 5º), buscando sempre, com cautela e prudência objetiva, a equidade".

O fundamento da ação indenizatória repousa no dano causado a outrem, por *dolo* ou *culpa*, independentemente de qualquer vínculo contratual entre o causador do prejuízo e o sujeito passivo da lesão. Trata-se de indenização que deriva da responsabilidade extracontratual, ou aquiliana, e que se funda no art.186 do Código Civil de 2002⁵¹. Pouco faz se o dano foi causado pelo real emprega-

⁵¹ LUIZ AMORIM, Sebastião e OLIVEIRA, José de. *Responsabilidade Civil - Acidente do Trabalho*, Ed.Saraiva, RJ, 2003, 2ª ed., p. 3.

dor, prestador do serviço, ou pelo tomador, dentro da cadeia produtiva em que a atividade do prestador se insere em maior ou menor grau na atividade do tomador. A culpa *in eligendo* ou *in vigilando* do empregador é presumível quando a ação lesiva é *previsível* ou pode ser prevista pela experiência comum dos homens⁵². Dito doutro modo, a *culpa do empregador* se presume da *negligência* em tolerar que no exercício de sua atividade comercial a integridade psicofísica do empregado venha a ser exposta diretamente pelo patrão ou por meio de seus prepostos⁵³. Para STOCCO⁵⁴ (mas a referência é ao local *fisicamente agressivo* de trabalho), *"por força do contrato de trabalho, o empregador obriga-se a dar ao empregado condições plenas de trabalho, no que pertine à segurança, salubridade e condições mínimas de higiene e conforto"*. Como *solidariedade não se presume, podendo defluir da lei ou do contrato - e há contrato de trabalho em que, por adjudicação constitucional, o empregado é credor do patrão de um meio ambiente de trabalho hígido e socialmente saudável -*, a responsabilidade pela indenização do empregado, inclusive por violação de uso de imagem, pode ser exigida tanto do empregador direto quanto do tomador dos serviços do prestador, ou de ambos, simultaneamente. Trata-se de dívida comum que pode ser cobrada de um ou de outro⁵⁵. Como regra, a vítima, credora da indenização, pode demandar o causador direto do dano ou aquele que, tendo se beneficiado dos serviços do agressor, dele se locupleta, ainda que indiretamente⁵⁶.

CONCEITO DE IMAGEM

Segundo Francesco Degni⁵⁷,

⁵² LUIZ AMORIM, Sebastião e OLIVEIRA, José de *Op.cit.* p. 14.

⁵³ Ap. 489.138, 3ª Câmara Cível, Rel. Juiz Acilbes Burgarelli, DJ de 27/5/97, *verbis*: "A negligência pode decorrer da tolerância de situações que, conforme o lugar, ensejam ocorrência de acidentes, os quais, depois de examinados, geram observações e recomendações para que não voltem a acontecer".

⁵⁴ STOCCO, Rui. *Op.cit.*, p. 283.

⁵⁵ SILVA PEREIRA, Caio Mário. *Instituições de Direito Civil*, Ed. Forense, v. I, p. 88.

⁵⁶ DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*, Ed. Forense, 5ª ed., v. II, p. 454 e 456.

⁵⁷ DEGNI, Francesco. "Le Persone Fische e i Danni della Personalità", in *Trattato di diritto civile*, Torino, Vassali, 1939, v. 2, t. 1, p. 2001.

"imagem é o sinal característico de nossa individualidade, é a expressão externa do nosso eu. É por ela que provocamos nas pessoas, com as quais entramos em contato, os sentimentos diversos de simpatia. É ela que determina a causa principal de nosso sucesso ou de nosso insucesso".

A doutrina costuma demorar-se na discussão de duas indagações:

1ª) - existe um direito à própria imagem?

2ª) - se existe, qual a sua natureza?

Nenhuma das duas questões é de fácil solução. De modo geral, admite-se que existe um direito à própria imagem e esse direito é *autônomo, inato, inviolável, intransferível, personalíssimo e irrenunciável*, isto é, como bem jurídico essencial, o titular do direito de imagem pode exercer sobre ela *qualquer ato de disposição*, exceto o de privar-se dela⁵⁸. A afirmação da existência de um direito de imagem não é isenta de críticas, já que gente muito lida ensina que na lesão ao *direito de imagem* o que se fere é a *honra*⁵⁹, ou a sua *privacidade*⁶⁰. A segunda indagação da mesma forma provoca dissenso e apenas num ponto a doutrina parece estar de acordo: questões relativas ao direito à própria imagem se põem na esfera dos direitos da personalidade. É atécnico falar-se em "direito de imagem", como se a imagem pertencesse a um ramo específico da ciência jurídica. Não é isso. A imagem é que se constitui, ela própria, em um *direito autônomo* da personalidade⁶¹ e, como tal, reclama tutela *específica*. Quando se diz "direito de imagem", bem depressa se entende que se está a referir sobre um *direito exclusivo* de exploração de um *bem da personalidade* que pertence a cada indivíduo

⁵⁸ STOCCO, Rui. *Op.cit.*, p. 1.628.

⁵⁹ ORGAZ, Alfredo. *Derecho Civil argentino: Personas individuales*. Buenos Aires: Depalma, 1946, p. 161.

⁶⁰ STOCCO, Rui. *Op. cit.* p. 1.624.

⁶¹ TELLES JR, Godofredo. "Direito Subjetivo", in *Enciclopédia Saraiva de Direito*, v. 28, p. 315 diz que "a personalidade consiste no conjunto de caracteres próprios da pessoa".

em si mesmo considerado⁶². A reprodução da efígie do retratado depende de sua autorização, e não cabe, nesses casos, indagar se da publicação adveio ou não dano moral ao retratado ou propiciado àquele que a veicula algum proveito ilícito. O dano é *in re ipsa*⁶³. *Imagem é toda sorte de representação de uma pessoa*⁶⁴, ainda que se trate do semblante ou de parte do corpo, como cabelo, boca, mãos, pés, seios, nádegas⁶⁵. Para o direito, *imagem* é toda expressão formal e sensível da personalidade de um homem⁶⁶. É, em suma, a figura, a representação, a semelhança ou aparência de pessoa ou coisa⁶⁷, "a projeção dos elementos visíveis que integram a personalidade humana, é a emanção da própria pessoa"⁶⁸. O direito à pró-

⁶² MORAIS, Walter. *Op.cit* apud SERPA, José. *Op.cit.*, p. 57. Lê-se em SERPA, verbis: "O direito à imagem tem sua configuração própria, a sua motivação que absolutamente não se confunde com o direito à honra, ao corpo, à identidade, à intimidade ou à liberdade. Ele resulta de um complexo de razões motivadoras, conquanto se em muitos casos, a oposição do retratado se pode atribuir ao resguardo da honra, do decoro ou da reputabilidade, por vezes ele pode decorrer de um falseamento da identidade ou de um propósito de devassar a sua vida íntima. O uso da imagem pelo seu titular é um poder que deflui de sua vontade livre e que deve ser respeitada, mas isto como motivo remoto, indireto e genérico, por ser o atributo da autonomia da vontade, um modo de ser, ou uma faculdade inerente ao ser humano, adesiva a quase todos os direitos. Contudo a utilização desse direito resulta diretamente de um complexo ou conjunto de motivos imediatos que, se por vezes atua isoladamente, outras vezes atua cumulativamente numa sinergia integrativa, a justificar de sobejo, a oposição do titular da imagem".

⁶³ STOCCO, Rui. *Op.cit.* p. 1.627.

⁶⁴ MORAIS, Walter. "Direito à própria imagem" in *Enciclopédia Saraiva do Direito*, p.341, apud SERPA, José. **Direito à Imagem, à Vida e à Privacidade**. Edições CEJUP, 1994, p. 20

⁶⁵ BARBOSA, Álvaro Antônio do Cabo Notaroberto, *Op.cit.*, p. 25 relaciona dois casos ilustrativos do que aqui se disse: no cartaz do filme *Miss Strip-tease*, em Paris, reproduziu-se o corpo da atriz Vera Velmont, mas com a cabeça da estrela do filme, *Agnès Laurent*. A corista ingressou em juízo contra a montagem plástica do cartaz e obteve, além de vultosa indenização, o direito de ver repostada a sua cabeça ao corpo exposto na publicidade; no foro do Rio de Janeiro tramitou ação em que a modelo Enoli Lara pleiteava indenização por uso indevido de sua imagem em *take publicitário* em que aparecia de costas.

⁶⁶ STOCCO, Rui. *Op.cit.* p. 1.628.

⁶⁷ BELTRÃO, Silvio Romero. *Op.cit.*, p. 122, diz: "Para o direito da personalidade, a imagem é entendida como representação gráfica da figura humana, mediante procedimento de reprodução mecânica ou técnica. Juridicamente, é facultada exclusivamente à pessoa do interessado a difusão ou publicação de sua própria imagem e, com isso, também o seu direito de evitar sua reprodução, por se tratar de direito da personalidade".

⁶⁸ "Civil. Direito de imagem. Reprodução indevida. Lei nº 5.988/73, art. 49, I, ^{III}. Dever de indenizar.

"A imagem é a projeção dos elementos visíveis que integram a personalidade humana, é a emanção da própria pessoa, é o eflúvio dos caracteres físicos que a individualizam. A sua reprodução, conseqüentemente, somente pode ser autorizada pela pessoa a que pertence, por se tratar de direito personalíssimo, sob pena de acarretar o dever de indenizar que, no caso, surge com a sua própria utilização indevida. É certo que não se pode cometer o delírio de, em nome de um direito de privacidade, estabelecer-se uma redoma protetora em torno de uma pessoa para torná-la imune de qualquer veiculação atinente à sua imagem; todavia, não se deve exaltar a liberdade de informação a ponto de consentir que o direito à própria imagem seja postergado, pois a sua exposição deve condicionar-se à existência de evidente interesse público, a ser satisfeito, de receber informações, isso quando a imagem divulgada não tiver sido captada em cenário público ou espontaneamente". (ST) 4^ª T. Resp. 58.101 SP Rel. César Asfor Rocha j. 16/9/97 RSTJ 104/326).

pria imagem é inato: constitui um direito autônomo⁶⁹. O termo *imagem*, para o Direito, tem duas acepções distintas. Na primeira, entendida *in concreto*, imagem é *res* (coisa), bem de natureza material pertencente ao seu autor e obtida ou captada por qualquer meio físico, técnico ou artístico (*corpus mechanicum*)⁷⁰, aí entendida não apenas a imagem captada por meio da pintura, da holografia, da fotografia, da escultura, do desenho, dos processos ópticos ou digitalizados, da figuração caricata ou estilizada, mas também "a imagem sonora da fonografia, da radiodifusão, dos gestos e expressões dinâmicas da personalidade"⁷¹, cuja proteção ou violação interessa ao *direito autoral*. Na segunda, é *abstrata, extrapatrimonial, subjetiva*, e integra a esfera íntima da *personalidade humana* como *direito moral* que somente o dono pode usar, fruir e dispor como lhe aprouver⁷², e esta, como pressuposto do *jus imaginis*, interessa à responsabilidade civil e, mais notadamente, à parte dele que se ocupa do dano moral pelo seu uso indevido ou desautorizado porque é um dos direitos civis da personalidade.

CONTRATO DE TRABALHO E USO DE IMAGEM

Já se disse - e com sobrada razão - que o contrato de trabalho é de *atividade*⁷³, *não tem conteúdo específico* e resume uma *obrigação de fazer*⁷⁴. Em princípio, qualquer *atividade acessória da obrigação de fazer principal* que qualifica o contrato de trabalho pode

⁶⁹ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil - Responsabilidade Civil*, 7^o v., Ed. Saraiva, São Paulo, 17^a ed., 2003, p.139.

⁷⁰ GONZÁLEZ, Gitrama. "Derecho a la própria imagem" - *Nuova Enciclopédia Jurídica Hespânica*, v. XI apud SERPA, José. *Op.cit.* p. 20 diz que imagem é "la reproducción o representación de la figura de una persona física, cuando se hace de modo tal que resulta fácilmente reconocible la persona de que se trate, incluso aunque la semejanza non sea perfecta".

⁷¹ MORAIS, Walter, *Op. cit.* apud SERPA, José. *Op.cit.*, p.20.

⁷² CHAVES, Antonio. *Tratado de Direito Civil - Parte Geral* apud SERPA, José, *Op. cit.*, p. 69, diz que o exercício do direito de imagem é aquele que tem qualquer pessoa à própria imagem e "*manifesta-se, sob o ponto de vista material, numa série de faculdades, dizendo respeito as mais importantes, ao direito de divulgá-la, vendê-la, publicá-la, cedendo ao titular cada uma dessas faculdades, em conjunto ou separadamente, no todo ou com limitações relativas a um determinado tempo, a um determinado âmbito territorial etc.*".

⁷³ GHIDINI. *Diritto del Lavoro*, 9^a ed., Padova, Cedam, 1985, p. 159: "*Il contratto individuale di lavoro è il negozio giuridico (contratto) col quale un soggetto (lavoratore) si obbliga a prestare la propria attività lavorativa a favore di altro soggetto (datore di lavoro), in posizione di subordinazione, verso un corrispettivo, la retribuzione.*"

⁷⁴ GARCÍA, Manuel Alonso. *Curso de Derecho del Trabajo*, Ariel, Barcelona, 10^a ed., 1987, p. 310.

ser exigida e não o desnatura. "Atividade acessória" e "obrigação de fazer principal" são conceitos abertos que não comportam definição *a priori* e somente podem ser aferidos em concreto. Por dois modos a imagem do empregado pode ser explorada no contexto de um contrato de trabalho: quando a sua exposição constitui-se na própria razão de ser do contrato (o empregado se emprega com o objetivo de ser retratado, como os manequins, os modelos fotográficos ou os modelos de corpo, pés, mãos, cabelos, olhos etc.) ou quando a imagem do empregado é captada numa aparente rotina de serviço e, depois, utilizada para fins promocionais ou comerciais pelo empregador. Retratar uma pessoa sem que ela saiba, ou contra a sua vontade, é ato ilícito que ofende o direito de imagem porque invade a sua privacidade, ainda que o retratado esteja ligado por vínculo de emprego ao autor da foto ou a alguém por ele⁷⁵. Privacidade é o direito de ficar só. Como dito, conquanto o contrato de trabalho seja de atividade, e sem conteúdo específico, não é qualquer atividade que pode ser cometida ao empregado como se decorresse *naturalmente* da existência do contrato de emprego. *Deixar-se retratar* não é, convenhamos, atividade *normal* de qualquer contrato de trabalho, exceto daqueles que têm na exposição permanente da imagem a sua própria razão de ser. Se o *conteúdo* de determinada atividade remunerada é exatamente a exposição do corpo ou da imagem, não há exploração indevida dessa imagem - *desde que feita nos limites do contratado* - exatamente porque o conteúdo específico do contrato de trabalho se realiza na sua exposição. Dito doutro modo, nessas hipóteses, a exposição da imagem do trabalhador é a própria dinâmica do contrato de trabalho, ou o contrato de trabalho na sua execução, de tal sorte que esse contrato de trabalho não subsistiria se se pudesse subtrair dele a exposição da imagem do próprio trabalhador. Diz-se, nesse caso, em improvisada alusão, que o contrato de trabalho se perfaz *in faciem*, isto é, na face, no ato passivo de se deixar retratar com a prévia ciência de que a imagem servirá aos propósitos publicitários, comerciais ou institucionais daquele que paga pelo serviço de fotografia. É o caso, por exemplo, do modelo

⁷⁵ DINIZ, Maria Helena. *Op.cit.*, p.139.

fotográfico que empresta a credibilidade do seu nome, a juventude, o frescor dos seus anos, a hígidez da saúde, a força física, a sua habilidade atlética, a sua notória inteligência ou o ideal de beleza de que se reveste a sua imagem a produtos que tenham de passar à clientela exatamente essas qualidades, como forma de competição com a concorrência e afirmação no mercado.

De que valeria um contrato de publicidade desse jaez se o modelo impusesse ao fabricante, ao veículo publicitário (mídia) ou à agência de publicidade uma cláusula em que proibisse a veiculação da sua imagem?

Fora dessas hipóteses, a imagem de uma pessoa *não pode ser* revelada, exposta ou publicada sem sua expressa autorização, exceto se necessária à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública⁷⁶.

Exceto naqueles casos em que a imagem do indivíduo é associada a algum *ato* ou *fato* que contraria os *padrões médios de moralidade* e de *convívio social*, a aspectos *institucionais* com os quais o retratado não comunga ou ao uso de *produtos notoriamente nocivos à saúde*, o seu uso *indevido* interessa ao direito não porque a divulgação da efígie do retratado constitua ato que lhe cerceie a liberdade, mas porque se trata de ato que contraria a *faculdade* do indivíduo em dispor, *com exclusividade*, da sua *imagem*, que é, como dito, um dos direitos de sua própria *personalidade*⁷⁷. O direito à *própria imagem* é um *direito moral* porque a imagem é um *prolongamento da personalidade humana*⁷⁸, e ninguém, exceto o dono, pode dela dispor sem *inequívoca* autorização. Aos olhos dos outros, toda pessoa é o que aparenta ser, e

⁷⁶ BELTRÃO, Silvio Romero. *Op.cit.*, p. 122.

⁷⁷ MORAES, Walter, *Op. cit. apud* SERPA, José. *Op. cit.*, p. 56, *verbis*: "a publicação de sua efígie não constitui ato que lhe cerceie a liberdade de algum modo, e sim ato que contraria uma faculdade de uso exclusivo da sua própria figura; são coisas muito diferentes. De mais, falar em liberdade de dispor da imagem é tão inócua como falar em liberdade de exercer direito de propriedade; a liberdade pode ser consubstância que envolverá o exercício do direito à imagem, assim como o do direito de propriedade; mas não é absolutamente objeto destes direitos".

⁷⁸ QUINTANA, Pascual. *En torno al Concepto del Derecho Civil*, 1959, Tomo IV *apud* SERPA, José, *Op. cit.*, p. 47, diz: "es evidente que esta doctrina se halla en perfecta congruencia con la teoría clásica e subjetiva acerca de la naturaleza del patrimonio, en cuanto que lo considera como emanación o prolongación de la personalidad humana; en cuanto llega a afirmar - por alguno de sus cultores - que el patrimonio es la misma personalidad individual en sus relaciones con el mundo exterior que la rodea".

o que uma pessoa aparenta ser é exatamente materializado na sua imagem⁷⁹.

O direito protege o trabalhador quando a sua imagem é usada *sem sua autorização* para proveito comercial ou associada a produto, fato ou evento que denigra a pessoa do retratado, ou lhe crie qualquer tipo de constrangimento como consequência imediata dessa associação desautorizada. De qualquer sorte, é *indispensável o consentimento do retratado*, exceto se essa divulgação disser respeito a *fins científicos, didáticos ou culturais* (que tenham interesse público)⁸⁰.

A divulgação de imagem para fins comerciais, sem autorização do retratado, constitui locupletamente ilícito e impõe reparação do dano⁸¹. Se a imagem do retratado não acrescenta qualquer proveito àquele que dela se utiliza, evidentemente o pedido de reparação não pode ter por base a *vantagem comercial* do outro, o que não significa que não o possa ser por outro fundamento, como a invasão da privacidade, por exemplo.

BITTAR⁸² explica que

"Na divulgação da imagem, é vedada qualquer ação que importe em lesão à honra, à reputação, ao decoro (ou à chamada "imagem moral", ou "conceitual"), à intimidade e a outros valores da pessoa(uso torpe), verificando-se, nesse caso, atentado contra os aspectos correspondentes(e não violação ao direito de imagem, que se reduzirá a meio para o alcance do fim visado). Não são permitidas, pois, quaisquer operações que redundem em sacrifício desses valores, que receberão sancionamento em conformidade com o bem violado e nos níveis possíveis: como na inserção de foto em revistas de sexo ou de pornogra-

⁷⁹ SERPA, José. *Op. cit.*, p. 52, diz: "Não há como negar o valor especificamente individualizador da imagem da pessoa no conjunto dos sinais que a distinguem das demais. A aparência exterior, ou a forma corporal do homem é, aliás, o primeiro e mais relevante dado da identidade de qualquer indivíduo. Muito mais que o nome e outros sinais acessórios distintivos do sujeito, a imagem individualiza naturalmente a pessoa e dá forma concreta ao ser abstrato da personalidade".

⁸⁰ DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.*, p. 139.

⁸¹ RE nº 95.872-0/RJ-1ª. T. Rel. Min. Rafael Mayer, DJU 1/10/82.

⁸² BITTAR, Carlos Alberto. *Responsabilidade Civil - Teoria e Prática*. Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1985, p. 205/206.

fia; na ilustração de textos indecorosos; na efetivação de montagens, de acréscimos ou de cortes em aspectos de imagem; em deformações da figura visada, enfim, em todas as ações contrárias à lei, à moral, e aos bons costumes, podendo referir-se a atentado material (truque fotográfico, com mudança de caracteres) ou intelectual (insinuação de certas poses da pessoa em noticiário ou contexto tendencioso, em que outras violações se conjugam); à honra, ao direito autoral (desnaturação da imagem e desnaturação da personalidade)".

PRESCRIÇÃO

Prescrição é uma exceção substancial. É a extinção de uma ação ajuizável e de toda a sua capacidade defensiva, por inércia de seu titular, no prazo fixado em lei e na ausência de causas preclusivas de seu curso⁸³. Em regra, como matéria de defesa, sua arguição é encargo do réu. O momento de sua arguição é o da resposta, mas é correntio que pode ser argüida em qualquer instância pela parte a quem aproveita⁸⁴. Ainda que o juízo de primeiro grau não a tenha pronunciado, e a parte se esqueça de argüí-la, o Tribunal deve pronunciá-la de ofício⁸⁵. A prescrição é um *fato jurídico* regulado pela lei em vigor no momento em que se consuma. Com o advento da Lei nº 11.280/2006, a prescrição *deixa de ser um direito subjetivo* do prescribente para tornar-se de *ordem pública*, estando revogados, por evidente incompatibilidade, os arts.191 e 194 do Código Civil⁸⁶. A prescrição consumada na vigência de lei anterior não é atingida pela lei nova⁸⁷. Prescrição em curso em 5/10/88 dilata-se até completar cinco anos, computado o período decorrido na vigência da lei anterior. A consumada antes de 5/10/86 não é atingida

⁸³ CÂMARA LEAL, Da Prescrição e da Decadência, Forense, 1984, p.12.

⁸⁴ CC, art.193: "*A prescrição pode ser alegada em qualquer grau de jurisdição, pela parte a quem aproveita*".

⁸⁵ O §5º do art. 219 do CPC, pela redação da L. nº 11.280, de 16/2/2006, em vigor desde 17/5/2006, diz: "*O juiz pronunciará de ofício a prescrição*".

⁸⁶ CC, art.191: "*A renúncia da prescrição pode ser expressa ou tácita, e só valerá, sendo feita, sem prejuízo de terceiro, depois que a prescrição se consumar; tácita é a renúncia quando se presume de fatos do interessado, incompatíveis com a prescrição*".

CC, art.194: "*O juiz não pode suprir, de ofício, a alegação de prescrição, salvo se favorecer o absolutamente incapaz*".

⁸⁷ PAUL ROUBIER, Le Droit Transitoire, Paris, Dalloz, 2ª ed.1960, p. 297/301.

pela lei nova e, para a iniciada após 5/10/88, conta-se o prazo de cinco anos, com o limite de dois anos, contados da cessação do contrato de trabalho⁸⁸. Esse entendimento não se altera nem mesmo em caso de indenização material reclamada no processo do trabalho em decorrência de acidente de trabalho ou evento danoso a ele equiparado, ou de dano moral reclamado por ato ilícito do empregador ou de seus prepostos como decorrência da relação de emprego, durante ou após o rompimento do contrato de trabalho. É certo que parte da doutrina entende que, nos casos em que o pedido é de natureza civil, a sua prescrição se sujeita ao prazo do art. 206, § 3º, V do CC/2002, ainda que se trate, a partir da EC nº 45/2004, de competência material da Justiça do Trabalho⁸⁹, mas o entendimento prevalente é o de que a CLT contém regra específica sobre a prescrição, não se aplicando nenhuma outra legislação subsidiária⁹⁰. O mesmo fundamento serve às lides em que se reclama indenização por dano moral por uso de imagem do empregado.

CONCLUSÃO

A imagem, como *atributo indissociável* da personalidade, é, em si, um *direito moral* que, se violado, gera *dano injusto* e, pois, *ressarcível*. O uso *desautorizado* ou *indevido* da imagem do empregado pode gerar dano moral sempre que essa imagem seja associada a algum *ato* ou *fato* que contrarie os *padrões médios de moralidade* e de *convívio social* do empregado, a aspectos institucionais com os quais o retratado não comungue ou ao uso de *produtos notoriamente nocivos à saúde*. O contrato de trabalho, sendo de atividade, e sem conteúdo específico, pode prever o uso individualizado da imagem, assim como pode o empregado proibir o seu uso para fins comerciais, promocionais ou institucionais. O *dano moral* reclamado pelo empregado por uso *indevido* ou *desautorizado* de sua imagem não preci-

⁸⁸ SAYÃO ROMITA, A. Prescrição dos Créditos Trabalhistas na Constituição, Ed. Folha Carioca, 1989, p. 32/33.

⁸⁹ Para essa corrente, o elemento vital para a fixação da competência é a natureza do ilícito, e, nesse caso, o acidente do trabalho representa fato atípico à execução do contrato de trabalho, e inteiramente alheio à expectativa normal do desenvolvimento da relação de emprego. A vítima, fortuitamente empregado, estará reclamando uma reparação de danos pessoais sofridos como pessoa, e não como trabalhador subordinado.

⁹⁰ CF/88, art. 7º, XXVIII c/c CLT, art. 11, I e II.

sa ser provado - é lesão *in re ipsa* -, exigindo-se da vítima apenas a prova da ocorrência do fato e a demonstração de *nexo causal*.

A responsabilidade civil do patrão é *objetiva*. A indenização mede-se pela *extensão* do *dano* e deve ser *arbitrada* pelo *juiz*. O caráter é *reparatório* e *punitivo*.

Em princípio, *não haverá* exploração indevida dessa imagem se o *conteúdo* dessa atividade remunerada prevista no contrato de trabalho é exatamente a exposição do corpo ou da imagem, mas *desde que feita nos limites do ajustado*, isto é, se a exposição da imagem do trabalhador é a própria dinâmica do contrato de trabalho, ou o contrato de trabalho na sua execução, de tal sorte que esse contrato de trabalho não subsistiria se se pudesse subtrair dele a exposição dessa imagem.

Não haverá ferimento do *direito à imagem do empregado* a exposição pública do seu retrato, no âmbito da empresa, mesmo que à vista de eventual clientela, ou em folhetos promocionais *sem intuito comercial*, se o seu objetivo é apenas exaltar o *valor pessoal* do *retratado* por ter alcançado metas ambiciosas de produção, ou por ter contribuído, por qualquer modo, para a elevação do nome comercial da sociedade empresária pela afirmação inequívoca de um atributo pessoal que deve servir de paradigma para a coletividade de empregados ou para a comunidade em que a empresa se insere. Nessas hipóteses, em que o foco da exposição da efígie nem é propriamente o retratado, mas os *valores morais* que a sua conduta reta significa, e desde que seja evidente a *ausência de intuito de lucro* ou de *qualquer proveito econômico* do patronato, deve entender-se que nenhum direito da personalidade foi malferido e que *nenhuma* indenização por dano material ou moral é devida. ☐

Obrigação Alimentar e o Descabimento de sua Atualização pelo IGP-M

Maria Berenice Dias

Desembargadora do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Vice-Presidente Nacional do Instituto Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM

Recentes decisões das 7^a e 8^a Câmaras do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, proferidas em aes revisionais de alimentos alteraram, de ofício, o  ndice de correção da obrigação alimentar. Fixados os alimentos em salários mínimos, e independentemente de solicitação de qualquer das partes, o valor dos alimentos passou a ser estipulado em importância certa em dinheiro e determinada sua atualização anual pelos índices do IGP-M.

A mudança   levada a efeito mesmo sem a comprovação da forma de correção dos ganhos do devedor. Independente da profissão do alimentante e da origem de sua renda, não   sequer questionada a ocorrência de descompasso de seus rendimentos com a valoração do salário mínimo. A intenção   garantir a equalização do valor dos alimentos para o futuro e, com isso, evitar novas demandas. Seja qual for o fundamento da ação, como, por exemplo, o nascimento de outro filho, vem desencadeando a automática mudança do  ndice de correção.

Talvez o mais inusitado seja o fato de que tal alteração ocorre até quando   o credor quem recorre ao Tribunal. Ou seja, manejado recurso pelo alimentado pleiteando a majoração dos alimentos, o  ndice de atualização do encargo   alterado, adotando-se outro que

lhe é desfavorável. De modo claro trata-se de uma *reformatio in pejus*, o que é vedado pelo sistema jurídico pátrio.

Um dos fundamentos de tais julgados é que o reajuste do salário mínimo supera os índices da inflação. Porém, não se pode olvidar que durante décadas o salário mínimo perdeu seu poder de compra e sempre foi reajustado bem abaixo da inflação. Somente nos últimos anos a atual política governamental vem buscando assegurar sua valorização. Os dois últimos Presidentes da República, com forte comprometimento de ordem social, procuraram recuperar o seu valor. Ainda assim, não atende à sua finalidade constitucional, de ser capaz de atender às necessidades vitais básicas do trabalhador e de sua família, como moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social. (C. F., art. 7º, IV).

Para superar o hipotético descompasso entre o valor dos alimentos fixados em salários mínimos e os rendimentos do alimentante foi eleito como índice de atualização o IGP-M. No entanto, se a intenção é corrigir o encargo pelo índice de inflação, dito indexador é o menos indicado, porquanto não mede a evolução do poder de compra dos itens que compõem a pensão.

O IGP-M é calculado com base em índices que levam em consideração elementos alheios às despesas que custeiam os alimentos. São eles:

- 60% do IPA (Índice de Preços do Atacado), que mede o preço de 431 produtos do atacado, sem relação imediata com o consumidor final.

- 30% do IPC (Índice de Preços ao Consumidor), que consiste na pesquisa de preços de 388 produtos no eixo Rio-São Paulo e apura a inflação diretamente das famílias que ganham de 1 a 33 salários mínimos.

- 10% do INCC (Índice Nacional da Construção Civil), que mensura a variação de preços de materiais de construção e de mão-de-obra, destinando-se primordialmente à atualização dos contratos de construção civil.

Não se pode descartar outro fato. O ajuste de valores por indicador econômico depende de cálculos matemáticos de certa com-

plexidade. Assim, se o alimentante foi condenado, em julho de 2005, a pagar alimentos de R\$ 1.000,00, com correção anual pelo IGP-M, para calcular o valor da pensão, deverá ou consultar um contador ou encontrar jornais onde constem os índices de até um ano atrás. Pode ainda acessar a Internet, que o leva ao Manual da FGV, o qual explica - em treze páginas - como efetuar a atualização.¹ Assim, após identificar o índice anual, que foi de 1,20%, precisará fazer o seguinte cálculo:

$$1.000,00 \times \left(1 + \frac{1,20}{100}\right) = 1.012,00$$

Isso tudo para descobrir o novo valor dos alimentos: R\$ 1.012,00.

Mas não é tudo. Caso os alimentos sejam ajustados conforme índice do IGP-M, dependendo do mês, há o risco de que ocorra decréscimo no valor da pensão alimentícia, pois em muitos períodos esse índice é negativo.

Assim, na hipótese de se pretender utilizar um índice de atualização dos alimentos, parece que o mais adequado não seria o IGP-M, mas o IPCA, que é o termômetro para medição das metas inflacionárias, pois verifica as variações dos custos com os gastos das pessoas que ganham de um a quarenta salários mínimos nas regiões metropolitanas de Belém, Belo Horizonte, Curitiba, Fortaleza, Porto Alegre, Recife, Rio de Janeiro, Salvador, São Paulo, Goiânia e Distrito Federal.

De qualquer modo, nenhum indexador empresta segurança para medir os custos dos produtos de primeira necessidade. Sequer o IPCA serve como indicador para o ajuste do valor da obrigação alimentar, que, de um modo geral, é a única fonte de subsistência de crianças e adolescentes.

Finalmente, não se pode olvidar que inúmeros indexadores econômicos já foram extintos e ensejaram enxurradas de demandas judiciais. A esta ciranda não se podem sujeitar os credores de alimentos.

Ainda que a Constituição Federal (art. 7º, inc. IV) vede a vinculação do salário mínimo para qualquer fim, e o Código Civil

¹ Informação Econômica *On Line*. Busca por assunto. Rio de Janeiro.

determine a atualização das prestações alimentícias segundo índice oficial (art. 1.710), não se revela inconstitucional a indexação das prestações alimentícias pelo salário mínimo. Há longa data o Supremo Tribunal Federal, de forma pacífica, permite a sua utilização como base de cálculo de pensões alimentícias (RE 170.203 - Ministro Relator Ilmar Galvão, julgado em 30/11/1993). Esta posição mantém-se até os dias de hoje (RE 274.897 - Ministra Relatora Ellen Gracie - julgado em 20/9/2005).

A legitimidade de tal indexação está cristalizada na Súmula 490: *A pensão correspondente à indenização oriunda de responsabilidade civil deve ser calculada com base no salário mínimo vigente ao tempo da sentença e ajustar-se-á às variações ulteriores.*

Ademais, a utilização do salário mínimo como base de cálculo dos alimentos foi recentemente confirmada pelo legislador, por meio da Lei 11.232/05, que, incluindo no Código de Processo Civil o art. 475-Q, § 4º, determinou a aplicação do salário mínimo para fixação dos alimentos oriundos de indenização por ato ilícito. Esta explicitação foi bem aceita pela doutrina.² Na opinião de Glauco Gumerato Ramos:³ *a fixação do valor da pensão em salários mínimos viabiliza uma maior segurança em relação aos valores devidos a este título, independentemente das discussões no plano nacional acerca do poder aquisitivo do valor nominal do salário mínimo. O mais importante, já que se trata de obrigação alimentar, é o firmamento de critérios seguros quanto aos limites da prestação imposta, o que sem dúvida é importante tanto sob a ótica do credor quanto do devedor.*

Ora, se por força de lei os alimentos devidos em razão de ato ilícito, que sequer são fixados atentando às necessidades do credor,

² CARNEIRO, Athos Gusmão. *Revista Dialética de Direito Processual* n. 38. "Do 'Cumprimento de Sentença', conforme a Lei n. 11.232. Parcial Retorno ao Medievalismo? Por que não?" p. 38. OLIVEIRA, C. A. Álvaro. *A Nova Execução: Comentários à Lei nº 11.232, de 22 de dez. de 2005*. Editora Companhia Forense, 2006, p. 229 e 230. THEODORO JUNIOR, Humberto. *Revista Dialética de Direito Processual* n. 43. "Títulos Executivos Judiciais: o Cumprimento da Sentença segundo a Reforma do CPC Operada pela Lei n. 11.232 de 22 de dezembro de 2005", p. 70.

³ RAMOS, Glauco Gumerato. LIMA, Rodrigo da Cunha. MAZZEI, Rodrigo Reis. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Neves. "Reforma do CPC. Cumprimento de Sentença e Obrigação Alimentar." São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2006, p. 288.

devem ser fixados com base no salário mínimo, maior razão há para que as pensões alimentícias do âmbito do Direito de Família também o sejam. Nada justifica deixar de fazer uso do mesmo critério atualizador na dívida alimentar decorrente de obrigação que visa a garantir a subsistência do alimentando.

Eleito pela lei o salário mínimo como parâmetro, descabida sua substituição por qualquer índice de atualização monetária na fixação dos alimentos. Não há como simplesmente alterar a base de cálculo sem que alguma das partes tenha buscado reverter o critério de atualização. Nada justifica que passe a Justiça, de ofício, a fixar pensões alimentícias de acordo com indexador sujeito a flutuações que não guardam consonância com a variação dos itens que integram o encargo.

Aliás, sequer está havendo a preocupação de saber se a receita do alimentante está sujeita a qualquer defasagem, qual a forma de atualização de sua renda ou qual o índice de crescimento de seus lucros. Nem sempre os profissionais liberais ou os empresários deixam de ter ganhos compatíveis com o aumento do salário mínimo. Ao menos seria necessária a comprovação de que os rendimentos do devedor não acompanham o reajuste do salário mínimo. Assim, sem a prova de que os rendimentos do alimentante não alcançam os seus índices, é inadmissível a modificação, de ofício, do fator atualizador dos alimentos. Às claras que este proceder, sem que seja buscada tal alteração em juízo, se evidencia flagrantemente prejudicial ao alimentando, não se revelando apto à preservação do princípio da proporcionalidade.

Não bastasse tudo isso, é inadequado o índice escolhido. O IGP-M leva em consideração elementos alheios às despesas a serem custeadas pela prestação alimentícia. Além da insegurança em face da possibilidade da sua extinção, também há o risco da ocorrência de deflação, o que poderia levar a eventual redução do valor dos alimentos. Finalmente, há o inconveniente da mensuração de tais valores, inacessível à maioria da população por exigir cálculos com significativo grau de complexidade.

O salário mínimo como indexador possui a vantagem da simplicidade. Todos sabem, com antecedência, qual será o valor dos

alimentos, e conseguem determinar, com facilidade, o que deve ser pago e o montante a ser recebido. Portanto, de todo desarrazoado deixar de aplicá-lo, em prol da utilização de um índice difícil de calcular e que sequer possui relação com as despesas que devem ser custeadas com a prestação alimentícia.

O compromisso da Justiça é resguardar o critério da proporcionalidade, não podendo, por mera expectativa de que futuramente possa haver eventual desequilíbrio, alterar o fator de atualização, sujeitando o credor dos alimentos à insegurança das alterações do índice escolhido.

Ainda que este motivo não deva nunca ser invocado, não há como deixar de atentar à avalanche de demandas que já estão sendo ajuizadas com a finalidade de alterar o índice de correção, uma vez que a quase integralidade das pensões alimentícias são fixadas segundo o salário mínimo.

De forma aleatória, e partindo da hipotética premissa de que eventualmente venha a ocorrer desequilíbrio futuro no binômio alimentar, não pode a Justiça colocar em risco a vida e a sobrevivência de crianças e adolescentes a quem o Estado assegura, com prioridade absoluta, especial proteção. ☐

Carta de 1988. Ideário e Realidade. Reflexões sobre Nosso Dever de Magistrados

Luiz Felipe da Silva Haddad
Desembargador do TJ/RJ

Quase duas décadas já são decorridas do começo da eficácia da atual Constituição da República Federativa do Brasil, a qual, diga-se de passagem, já é a terceira mais duradoura de nossa história. A primeira, a Imperial outorgada, de 1824, durou 65 anos. E a segunda, da República do "Café com Leite", de 1891, emendada tardiamente em 1926, durou 39 anos. Tendo durado 3 anos, a efêmera 2ª República (1934), 8 anos, a ditatorial "polaca" (1937) do Estado Novo e, na prática, menos de 18 anos a Constituição Democrática e Social de 1946. Isto, porque entre abril/1964 e março/1967, sua vigência não superou o caráter subsidiário, ante o predomínio dos Atos Institucionais baixados pelos governos militares; máxime, o nº 01, dias após a ruptura, e o nº 02, em outubro/1965. Sendo que a Carta de 1967, no princípio semi-outorgada, só durou, também na prática, 1 ano e 9 meses. Editado o sinistro Ato nº 5, em dezembro/1968, as regras constitucionais voltaram ao caráter subsidiário; e ainda esmaecidas pelo "Emendão", de outubro/1969, decretado pelos Ministros Militares; na manutenção do citado Ato; que só foi extinto em janeiro/1979. Por fim, até o dia 5 de outubro de 1988, 6 anos de "democracia tutelada", na última presidência castrense, e quase mais 4 anos de transição, entre 15 de março de 1985 e a data supra.

Não se podendo dissociar o Brasil do subcontinente latino-americano; ou, por mais correto, ibero-americano; positiva-se que os textos constitucionais, na contradição continuada entre o "legal" e o "real", de regra, têm tido vida curta e, mais no passado próximo, porém ainda de pouco no presente, têm sido revogados por golpes ou movimentos mais ou menos revolucionários. Por exemplo, têm sido diversas as cartas constitucionais, desde as independências no começo do Século 19 e até hoje, da Bolívia, Peru, Equador, Colômbia, Venezuela e países da muito sofrida América Central; também, mas em menor número, do Chile, México, Cuba, República Dominicana, Uruguai, Paraguai e Brasil. Excepciona-se a Argentina, cuja Constituição, após o penoso processo de união entre Buenos Aires e as outras províncias, data de 1853, vigorando até a atualidade, com as grandes reformas de 1957 e 1994, e outras menores no interregno. Contudo, dentro de uma "tradição", quando dos golpes, de serem suspensas, não revogadas, as normas legais de maior dimensão.

Em verdade, tanto em nosso país de língua lusitana, como nos vizinhos de língua castelhana, até hoje pagamos o preço de colonizações com fins exploratórios, no sugar de recursos para os tesouros das metrópoles, gerando o enriquecimento de pequenos grupos de privilegiados, em detrimento da enorme massa de "mestiços" analfabetos e afro-indígenas escravos ou ex-escravos; o que ainda se agravava pelos fatores negativos do dominante catolicismo romano, com poucas exceções que foram o prelúdio da hoje tão polemizada nos limites, mas tão necessária de *per si*, "teologia da libertação". Dissertar-se por intenso sobre tais assuntos fugiria ao ponto central destas modestas linhas, e nada acrescentaria à abundante literatura pertinente, na qual se destacam as **Veias Abertas da América Latina**, de Eduardo Galeano. O que importa frisar-se é que, nestas plagas, por contrário ao ocorrido nos Estados Unidos e no Canadá, colonizados pelos que migraram da Grã-Bretanha e da França no intuito do povoamento e na idéia construtiva de novas comunidades nacionais, os valores, incentivados pelo iluminismo, da *República* e da *Democracia*, ao ocorrerem as independências políticas, nasceram como puras teorias, abraçadas por pequena elite in-

telectual, totalmente alheias ao "grosso popular"; aceitos pelas oligarquias dominantes por pragmatismo; para que, com formais alterações, tudo permanecesse na substância. Assim, no Brasil, a evolução da monarquia semi-absoluta de Pedro I para a liberal e parlamentarista de Pedro II, passando pelo conturbado interregno regencial, mascarou uma delongada época de estagnação econômica, sustentada pelos braços dos negros cativos, voltada a exportação de "café e açúcar". "Conservadores" e "liberais", alternando-se em governos efêmeros, com base em maiorias parlamentares instáveis, e sob o arbítrio do "poder moderador" - "farinha do mesmo saco", na expressão popular. Quase 66 anos entre o "grito do Ipiranga" e a "Lei Áurea", que aboliu formalmente a escravidão, mas não impediu os negros libertos, entregues ao abandono, de buscarem condições humilhantes de emprego nas cidades e nos campos. Das senzalas para as favelas. Quadro esse que pouco mudou na "República Velha", em que expressões regionais do "Partido Republicano" se revezavam no poder nacional, por força dos mesmos pleitos fraudulentos de antes, dos quais eram excluídas as mulheres e vastos segmentos de homens. Somente depois do movimento revolucionário de 1930, em que pesem suas debilidades e contradições, o povo brasileiro, como um todo, passou a participar, em alternâncias crescentes e decrescentes, mas sem volta à "estaca-zero", do processo político pátrio. E tal participação plena, tentada, mas frustrada, quando dos Pactos de 1934 e 1946, só encontrou sua consolidação na vigente Carta de 1988, cuja denominação "Carta da Cidadania", emanada de saudosos íncito parlamentar bandeirante, se constitui, ao mesmo tempo, em suma de ideal e em suma de desafio.

Apesar de já ter sido emendada mais de 50 vezes, e na maior parte por culpa do próprio legislador constituinte, que pecou por excesso de prolixidade, querendo abranger assuntos que caberiam perfeitamente em normas de inferior hierarquia, a Constituição permanece intocada em seus ditames básicos, nas chamadas *cláusulas de pedra*. Isto é, na *forma federativa de estado*, na condição do *voto* como sendo *direto, secreto, universal e periódico*, na *separação dos poderes* e nos *direitos e garantias individuais*. A primeira, vedando qualquer intento de separatismo ou de unitarismo. A segunda, proi-

bindo investiduras de cargos eletivos por processos que não o *one person, one vote*, ou por tempos permanentes ou indeterminados. A terceira, na manutenção da sistemática de Montesquieu, impeditiva do despotismo (identidade dos poderes de executar e legislar) e da tirania (identidade acrescida ao poder de julgar). Quanto à última, notando-se a falha pela omissão acerca dos direitos e garantias sociais básicos, que nos primeiros somente se inserem por força de interpretações doutrinárias; e também se notando a ausência da dita expressão, "*básicos*"; que leva ao grave equívoco, com as vênias devidas, de considerar-se imutável a idade mínima para responsabilização criminal, ou o "direito do civilmente identificado de não ser constrangido em calcar suas impressões digitais ao ser criminalmente indiciado"; tal beirando a um ridículo que não encontra paradigma em qualquer outro país do mundo. Tudo, porém, assinalando que, de acordo com a vontade majoritária dos cidadãos e das cidadãs, quando dos pleitos hoje quadrienais, com espaço bienal entre os federal-estaduais e os municipais, quaisquer programas de governo são cabíveis; quaisquer opções ideológicas, no campo socio-econômico, são admissíveis. Mas desde que não venham a abolir os ditos princípios permanentes.

Valores, como os proclamados no artigo 1º; *soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, valores sociais do trabalho e livre iniciativa, pluralismo político, o poder que emana do povo, direta ou indiretamente*, jungidos aos dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (artigo 3º), em *construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização, reduzir as desigualdades sociais e regionais, promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação*, e, no campo das relações internacionais (artigo 4º), na *independência nacional, prevalência dos direitos humanos, autodeterminação dos povos, não-intervenção, igualdade entre os Estados, defesa da paz, solução pacífica dos conflitos, repúdio ao terrorismo e ao racismo, cooperação dos povos para o progresso da humanidade, concessão de asilo político e integração latino-americana em uma comunidade*; resumindo todos os encontrados nos plúrimos dis-

positivos seqüentes, e detalhando o escrito no Preâmbulo com o agregar da *proteção de Deus* (crido pela enorme maioria de nossa gente, mas com todo o respeito aos que não crêem), se forem cultivados e promovidos, hoje e no futuro próximo e remoto, pela cidadania consciente; se não forem solapados pelos que, embora não o digam, sonham com o retorno ao autoritarismo de antanho, e também pelos que, no escopo ideológico totalitário, pugnam pelo "quanto pior, melhor"; marcarão, por indelével, a consolidação do *Estado Democrático de Direito*. E como o termo "democrático" tem sido mais correlato às liberdades individuais, soa de maior peso qualitativo o *Estado Democrático e Social de Direito*.

Descendo-se a maiores detalhes, e exemplificando-se no que tenha maior relevo, protege a *Lex Legum* a economia de mercado, ou de livre iniciativa, ou de liberdade de empresa, que se costuma conceituar pelo termo "capitalismo", cuja antipatia deriva exatamente do "ismo", que faz concluir na predominância do poder do dinheiro sobre o do trabalho, e sobre os do espírito. Mas, tirando-se tal fator, não se duvida de que tal tipo de economia, revelada vitoriosa nos elementos básicos, integra por sólido o gizamento normativo pátrio. Mas não em caráter absoluto. Legitima-se a intervenção estatal para promover a função social da propriedade imobiliária rural e da urbana, para inibir a formação de monopólios ou oligopólios, para defender o consumidor, para combater o desemprego e o subemprego, para uma tributação distributiva mas não confiscatória. E neste diapasão, acompanhamos o rumo constitucional europeu moderno, bem mais correlato aos elementos humanísticos greco-romanos e judaico-cristãos, formadores de nossos "corações e mentes", do que outros, cujos alicerces se fulcram na competição brutal e no individualismo exacerbado, sob precários limites de um "Estado Mínimo", cuja força se restrinja a "fazer cumprir os contratos", e a sancionar os que não se enquadrem em normas de literal interpretação, perante as quais "o juiz seja um escravo".

Neste ponto, dos mais difíceis, sobretudo em casos concretos práticos, em que o julgador se veja no dilema de cumprir uma norma de menor hierarquia, cuja redação pura leve a uma solução injusta, ou de descumpri-la em nome de princípios que estejam implí-

ritos na Carta Magna (pois, se a lei não tiver sido recepcionada, ou for inconstitucional por explícito, não haverá maior problema), há que se buscar a interpretação racional, agregada à sistemática e à teleológica, em conjunto com a "gramatical"; há que se socorrer da analogia, da equidade, dos fins sociais escritos no artigo 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, e dos princípios gerais de direito; estes, consistindo no lado mais positivo da chamada "globalização" nos tempos hodiernos, bastando fazer-se referência ao Tribunal Superior da União Européia e à Corte Interamericana de Direitos Humanos. E ao que se espera, em futuro próximo, do MERCOSUL. Não mais tolera a consciência dos povos que algum aparelho estatal denegue a um ser humano, de qualquer condição, o exercício de direito fundamental. Costumes iníquos, como a subjugação da mulher ao homem, a violência no trato de filhos menores por pais, a escravidão em qualquer modalidade, a discriminação dos que "pensem diferente" ou "ajam diferente" sem prejudicar os demais, são hoje condenados em termos quase universais. Cabendo o "quase" em vista de exceções, ainda de relevo, em partes significativas do orbe terrestre, por conta de ditaduras de qualquer matiz, de "monarquias absolutas ou semi-absolutas", ou de tiranias de fundamentalismos religiosos. Estes, diga-se de passagem, muito encontrados em países islâmicos, mas incentivados por ambiciosas e perversas atitudes de "potências ocidentais", no gerar de extrema revolta por sentimentos de continuada humilhação.

Em tudo, não pode e não deve o magistrado abandonar a ponderação, simbolizada pela balança. Nem relegar ao abandono o direito da parte que for contido na pretensão ou na resistência. Por igual, nunca ceder à tentação do maniqueísmo; do "bem contra o mal", que, na esfera humana, nunca comporta visão absoluta. Bom exemplo é o concernente ao Código de Proteção e Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990), cujas linhas normativas se qualificam, na feliz expressão de Sergio Cavalieri Filho, em *sobredireito infraconstitucional*. O rigor que merecem determinados fornecedores, ou prestadores de serviços, na manutenção de falhas e descon siderações, deve existir por certo, mas não ao ponto de divi sar-se no autor de uma lide "de obrigação de fazer c/c indenizatória",

sempre uma vítima, e na entidade ré sempre um vilão; "o lobo feroz contra o inocente cordeiro". Tal errada mentalidade favorece a espartezza com fins de pecúnia, que, infelizmente, faz parte de nossa cultura, no patamar de erva daninha. Tal observação também abrange causas outras, em que o interesse social se apresenta com nitidez. Em síntese, não sendo as partes iguais no aspecto material, somente no formal, logo por inócuo em realidade, deve o juiz, para ser imparcial, sopesar e compensar o fator da desigualdade, tanto na cognição instrutória, em procedendo *ex officio* na busca da verdade real, quanto no provimento, à luz da interpretação conjuntural descrita supra. Mas *cum grano salis* e no *modus est in rebus*. *Quid* sobre as fronteiras? Elas serão demarcadas, em cada conflito específico, pela inteligência do julgador, aliada à sensibilidade. Pela racionalidade, jungida à espiritualidade. Também por adesão a uma doutrina e a uma jurisprudência construídas em semelhantes elementos. O monumental conceito de Ulpiano, de ser a *justiça* consistente em "viver honestamente, não causar prejuízo a outrem, e atribuir, a cada um, o que lhe seja devido", harmoniza-se com o ensinado, muitos séculos depois, por Recasens Siches, na festejada "lógica do razoável". Conjuga-se com o *virtus est in medius*, da filosofia aristotélica que se irradiou na medieval canônica de Santo Tomás de Aquino. Não discrepando, no âmago, de princípios encontrados no Judaísmo, no Islamismo e em outras correntes de pensamento religioso. "Nem sempre o legal é o justo. Mas, na medida do possível, deve ser próximo do justo." Daí a sadia interpretação *praeter lege*, que não se confunde com a *contra lege*. Pois esta, além de ofender gravemente o ordenamento maior, autoriza os outros poderes, em reação proporcional, a invadirem o campo próprio da tutela da jurisdição, ao tempo em que se mostra incoerente, no denotar de que, embora os poderes estatais emanem do povo, o Judiciário não é escolhido pelo voto do mesmo, para mandato periódico, mas sim por procedimento seletivo, através de concursos de títulos e provas que são apenas abertos a bacharéis em direito, com outros requisitos de qualificação. O que é perfeitamente democrático, desafiando melhoria no processo, já deflagrado aqui e alhures, de formação por cursos em escolas superiores, jungidos a concursos de admissão e

aprovação final; sistema advindo da França renovada pela 5ª República sob a preciosa liderança de Charles de Gaulle. Quando se fala em "direito alternativo", deve-se responder por "uso alternativo do direito". Quando se tenta criar antinomia de interesses, na referida tutela, entre "burguesia" e "massa trabalhadora", deve-se asseverar que tal viés ideológico radical, além de padecer de superação pela *débâcle* do "socialismo real" na última década da passada centúria, é manifestamente injusto para com as camadas sociais médias, cujo crescimento e prestígio são de sumo valor para que se logre edificar uma sociedade livre e solidária, no incluir paulatino dos "pobres", pelo padrão de vida melhorado; e dos "ricos", pela redução dos elevados rendimentos por tributação eficaz. E para tanto, de proêmio, no perseguir da Educação e da Saúde para todos.

Não mais se contenta a cidadania consciente com uma Constituição programática, bonita no texto, mas feia no divisar das realidades. Reclama-se efetividade das normas. Aliás, promessas, nunca cumpridas até hoje, de promoção a trabalho que assegure uma vida digna; da divisão da propriedade, com justa indenização, e igual oportunidade para todos; do acesso de toda pessoa aos cargos públicos por concurso; do ensino profissionalizante para os filhos de famílias carentes; só para lembrar-se de algumas, foram formuladas pelos constituintes republicanos desde o Pacto de 1934; o primeiro que se preocupou com o abandono infantil e juvenil que hoje, 73 anos depois, gerou o pesadelo social de violência, cuja solução, por tristeza, exige medidas profundas, em muito longo tempo, pouco bastando, na prática, as preciosas letras do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). No dia-a-dia do convívio brutal em lares miseráveis, na desestruturação dos valores autênticos da família e da união que a embasa, no cotejo do intenso consumismo dos setores mais abonados, mostrando técnicas agressivas de "marketing", meninos e meninas de favelas e "subúrbios periféricos", tornados rapazes e moças, optam pela conduta de marginalização, por nela enxergarem eficaz caminho de ascensão em uma sociedade corrompida, senão no todo, deveras em grande parte. Igual opção é feita por adolescentes e jovens de "classe média" e "classe rica", por conta do vazio existencial que os acicata. O que deve fazer o Juiz?

Como dito acima, buscar satisfazer o interesse social, evitando excessos repressivos que de pouco adiantam, até ante a debilidade das estruturas estatais de internação e assistência, como disse, na coragem que lhe é habitual, o Colega Siro Darlan. Mas também tendo cuidado para não desproteger as vítimas; portanto, evitando-se exageros. E no demarcar de fronteiras acima analisado.

Também, nos dias atuais, não mais se toleram os "tabus", seja qual for o pretexto, em todo o campo do Direito. Todos os assuntos, por mais que desagradem, desde que tenham utilidade social, devem ser amplamente debatidos, tanto por pretérito à edição de normas, quanto por posterior, na justa interpretação. Aqui, refere-se, de específico, às pessoas de diferente orientação sexual; que, sendo minoritárias no conjunto, existem por significativo, como existiam no passado, só que "por oculto". Seus direitos fundamentais jamais podem ser obliterados; e entre esses, o que toca à dependência previdenciária, à partilha de bens adquiridos por esforço comum, e a uma regulação legal em semelhança à da união estável "homem-mulher"; mas sem que possa ser convolada em casamento; e pelo motivo de tal instituto ser indissociável de valores familiares tradicionais, jungidos a aspectos religiosos majoritários, que também não podem ser relegados ao oblívio. Pois "Estado Laico" não é sinônimo de "Estado Hostil à Religião". E esta, cristã, no abranger das múltiplas denominações, das maiores às menores em adeptos, é abraçada; dizem-no as estatísticas; por cerca de noventa entre cem brasileiros.

Para que se garanta a efetividade dos direitos individuais, coletivos, sociais e difusos; insculpidos na Carta-Cidadã; que se pretende assaz duradoura, importam muito mais as ações dos Poderes Executivo e Legislativo do que a do Poder Judiciário, cuja missão primacial é a de interpretação das normas. Porém, no atual quadro de conturbação político-partidária e de políticas pessoais, em que promessas eleitorais são cumpridas em parcelas mínimas, e em que os interesses da alta pecúnia, das clientelas fisiológicas, dos corporativismos e outras mazelas, toldam as esperadas medidas de profunda reforma, nós, juízes e juízas de todos os graus, que amamos o título como expressão de serviço e vemos em cada lide uma

ferida a ser cicatrizada, não podemos fugir ao dever. Mas, por igual, não nos cabe proceder como se fossemos políticos *stricto sensu*. Somo-los, decerto, *lato sensu*, como agentes de poder estatal. Como antes acentuado, entre a postura conservadora de intérpretes literais da lei, de "escravos" da mesma, e a pseudo-renovadora de "juízes ideológicos", presumindo como certo tudo o que favoreça aos "fracos, oprimidos e dominados"; e como errado tudo o que beneficie os "fortes, os opressores e os dominadores"; apresenta-se um grande espaço de ponderação, de exegese enriquecida por critérios de lógica, de equidade, de teleologia, e correlatos. Se o imortal patrício Rui Barbosa salientou, por muito feliz, que "fora da lei, não há salvação", advertem-nos as Sagradas Escrituras de que "a letra mata, o espírito vivifica".

Por fim, indispensável se afigura, por toda nossa grei, uma atitude de humildade e despojamento, aliada à outra, de firmeza e exigir de respeito. Tanto *interna corporis* quanto no relacionamento com partes, advogados, serventuários, autoridades de qualquer nível, e pessoas outras. Ou seja, uma conduta republicana, que repudie vaidades e prepotências, que dê prevalência ao *ser* sobre o *ter*, mas que também seja expungida da vulgaridade, da descortesia e da falta de decoro. Indispensável também se denota o resgate do espírito associativo, deveras "machucado" nos últimos tempos, e de especial na terra fluminense, por fatores bilaterais que ora dispensam ser comentados. Defendamos as legítimas prerrogativas, que interessam mais à sociedade do que à nossa citada grei. Mas nunca ao ponto de sermos vistos como um segmento aristocrático "acima do bem e do mal". Preservemos a hierarquia no Poder. Mas nunca se coloque um desembargador como um "marquês ou duque" diante de um juiz como "visconde ou barão". E nunca se coloque o último, diante daquele, como um "rebelde". Ao invés de tal agir malsão, procuremos maior diálogo, maior compreensão mútua, maior transparência, dentro e fora de nossos auditórios. Pugnemus pela celeridade de nossos decisórios, mas sem prejuízo da qualidade.

É o que de nos aguarda uma sociedade cindida e eivada de mazelas, mas, ao mesmo tempo, repleta de esperanças de vida, e vida em abundância. ☐

Decadência e Prescrição no CDC: Vício e Fato do Produto e do Serviço

José Carlos Maldonado de Carvalho
Desembargador do TJ/RJ

1. INTRODUÇÃO

O tema prescrição e decadência não aguça, à primeira vista, o interesse dogmático dos operadores do direito, em especial daqueles que se dedicam, com maior assiduidade, ao estudo da responsabilidade civil sob a ótica do Direito do Consumidor.

Contudo, a prática na aplicação diária desses institutos tem demonstrado que, apesar de algumas concordâncias, as divergências ganham a cada dia maior fôlego, multiplicando-se os trabalhos jurídicos que buscam, em última análise, encontrar soluções mais céleres para questões de maior complexidade que, diariamente, deságuam no Poder Judiciário.

Ainda que a parte inaugural aparentemente não demande elucubrações mais aprofundadas, aceso se mantém o facho da controvérsia doutrinária e jurisprudencial sobre o tema, razão pela qual se faz necessária, nesta parte introdutória, uma abordagem superficial desses institutos para a correta exposição e conclusão deste breve trabalho.

Daí, e com a vênua que se faz necessária, cuidando para não ser repetitivo, me autorizar reproduzir parte de textos de minha autoria já divulgados.¹

¹ CARVALHO, José Carlos Maldonado de. *Direito do Consumidor: fundamentos doutrinários e visão jurisprudencial*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

2. DECADÊNCIA E PRESCRIÇÃO: DISTINÇÃO DOUTRINÁRIA

Expõe Agnelo Amorim Filho que, doutrinariamente, "o critério mais divulgado para se fazer a distinção entre os dois institutos é aquele segundo o qual a prescrição extingue a ação, e a decadência extingue o direito".²

Entretanto, prossegue o professor paraibano, "tal critério, além de carecer de base científica, é absolutamente falho e inadequado, pois pretende fazer a distinção pelos efeitos ou pelas conseqüências, se bem que aqueles sejam, realmente, os principais efeitos dos dois institutos".³

De tal entendimento, porém, discorda Zelmo Denari, por entender que "não há, ontologicamente, diferença entre os institutos da decadência e da prescrição. Ambos expressam o perecimento de direitos subjetivos em estágio mais ou menos avançado do respectivo processo de formação".⁴

A decadência, conclui, "significa a extinção do direito subjetivo que não chega a se constituir, pela inatividade de seu titular, enquanto a prescrição significa, pelas mesmas razões, a extinção do direito subjetivo plenamente constituído. A distinção, portanto, menos de essência do que de grau, se angustia no terreno terminológico, pois, em última análise, ambos traduzem o mesmo fenômeno jurídico: a perda de direito pelo decurso do tempo".⁵

A diferença entre esses dois institutos, como assevera Ruy Rosado de Aguiar, "deve ser feita a partir da distinção entre Direito subjetivo propriamente dito (Direito formado, fundamental ou bastante em si), que contém poderes sobre bens da vida, permite ao seu titular dispor sobre eles, de acordo com a sua vontade e nos limites da lei, e está armado de pretensão dirigida contra quem se encontra no pólo passivo da relação (ex.: direito de propriedade, direito de crédito), e direito formativo (dito de configuração ou

² Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. São Paulo: **Revista de Direito Processual Civil**. V. II, nº 3, jan./jun. 1962, p. 95/132, dos Tribunais, p. 168.

³ AMORIM FILHO, Agnelo. *Ibidem*.

⁴ **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 7ª edição. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p. 198.

⁵ DENARI, Zelmo. *Ibidem*.

potestativo), que atribui ao seu titular, por ato unilateral, formar relação jurídica concreta, a cuja atividade a outra parte simplesmente se sujeita".⁶

"Esse direito formativo é desarmado de pretensão, pois o seu titular não exige da contraparte que venha efetuar alguma prestação decorrente exclusivamente do direito formativo; apenas exerce diante dela o seu direito de configurar uma relação. O efeito do tempo sobre os direitos armados de pretensão atinge a pretensão, encobrindo-a, e a isso se chama de prescrição. Os direitos formativos, porque não têm pretensão, são afetados diretamente pelo tempo e extinguem-se: é a decadência".⁷

3. FATO E VÍCIO DO PRODUTO E DO SERVIÇO

Preambularmente, também é necessário que se adicione sobre o tema em desate outro ingrediente: uma pitada conceitual sobre fato e vício do produto e do serviço, sem o qual, por certo, seria apenas fazer chover no molhado.

Daí, permitir-me, mais uma vez, transcrever alguns parágrafos da obra já referida.⁸

Como exorta Sergio Pinheiro Marçal, "ao conceito de acidente de consumo, ou seja, quando ocorrer acidente causado em razão de um produto ou serviço defeituoso, o fornecedor (fabricante, produtor, construtor nacional ou estrangeiro, importador e comerciante, este em casos expressos) será responsável perante o consumidor."⁹

O Código de Defesa do Consumidor prevê duas espécies de responsabilidade civil: pelo fato do produto ou serviço (art. 12 a 17), e pelo vício do produto ou serviço (arts. 18 a 25).

Quanto à primeira - fato do produto ou serviço - o defeito, além de impedir o correto funcionamento do produto ou do serviço, causa

⁶ Superior Tribunal de Justiça, REsp. 100710/SP, 4ª Turma. Relator Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, DJ 03/02/1997, p. 733.

⁷ *Ibidem*.

⁸ CARVALHO, José Carlos Maldonado de. *Ob. cit.*

⁹ *Revista de Direito do Consumidor* nº 6. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, abril/junho 1993, p. 105.

um dano maior ao consumidor, ultrapassando o limite valorativo do produto ou do serviço.

Revela-se como fato do produto ou serviço o acontecimento externo que, em razão de um defeito de concepção, de produção ou de comercialização, cause dano material ou moral ao consumidor.

Doutrinariamente, são chamados de "acidentes de consumo", uma vez que atingem a incolumidade físico-psíquica do consumidor e o seu patrimônio.

Melhor situando a questão, por defeituoso se tem o produto ou serviço quando não fornece a segurança que dele legitimamente se espera, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais: sua apresentação (inc. I); o uso e os riscos que razoavelmente dele se esperam (inc. II); a época em que foi colocado em circulação (inc. III).

A responsabilidade do comerciante pelo fato do produto ou serviço não é pelo Código, a princípio, reconhecida, já que este só vem a ser também responsabilizado quando o fabricante, construtor ou o importador não puderem ser identificados; o produto for fornecido sem identificação clara do seu fabricante, produtor, construtor ou incorporador; o comerciante não conservar adequadamente os produtos perecíveis (art. 13, incisos I, II e III, do CDC).

Já a responsabilidade por vício, ao contrário, decorre de defeitos que não ultrapassam a estrutura física ou o uso propriamente dito do produto ou serviço.

Estão, em linhas gerais, relacionados à qualidade ou à quantidade do produto ou serviço, que, em razão do defeito, se mostram impróprios ou inadequados ao fim a que se destinam ou lhe diminuem o valor (art. 18, *caput*, CDC).

Há vício de qualidade quando o produto ou o serviço não corresponda à justa expectativa do consumidor.

Verifica-se o vício por quantidade, por seu turno, quando o produto ou o serviço apresenta uma disparidade com as indicações constantes da embalagem, rótulo ou mensagem publicitária.

Havendo mais de um fabricante para um mesmo produto, ou mais de um causador do dano, todos respondem solidariamente pela reparação (arts. 7º, parágrafo único, 18 e 25, §§ 1º e 2º, CDC).

Por fim, uma vez caracterizado o dano por fato do produto ou serviço, são responsáveis, nos termos do art. 12, *caput*, do CDC, o fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador, independentemente de culpa.

Já, ao revés, em se tratando de dano decorrente de vício do produto ou do serviço, a responsabilidade é de todos os que participam da cadeia de produção-circulação (art. 3º, *caput*, CDC), solidariamente (arts. 18 e 20, CDC).

4. DECADÊNCIA E PRESCRIÇÃO NO CDC

Tem presença no campo do direito consumerista, questão também pontual em relação à decadência e à prescrição.

O CDC, assinala William Santos Ferreira, "deixa clara a intenção de restabelecer o equilíbrio nas relações de consumo, isto não significa que deixe de preconizar prazos para que o consumidor faça 'valer' seus direitos. Lado a lado caminham proteção ao consumidor e segurança das relações jurídicas".¹⁰

No Código de Defesa do Consumidor a matéria é tratada no Capítulo IV, Seção IV, nos artigos 26 e 27.

De um lado, o artigo 26 da lei consumerista disciplina a decadência; ocupando-se o art. 27, por outro, da prescrição extintiva.

5. PRAZOS DECADENCIAIS

Nos termos do art. 26 do CDC, o direito de reclamar pelos vícios aparentes ou ocultos, tanto de produtos como de serviços, se extingue em: a) trinta dias, tratando-se de fornecimento de serviços ou produtos não duráveis (inc. I); b) em noventa dias, tratando-se de fornecimento de serviços ou produtos duráveis (inc. II).

A questão relativa à qualificação de produtos ou serviços como duráveis ou não duráveis envolve, por certo, o tempo de consumo, ou seja, a utilização sem a perda imediata do objeto.

Em linha diversa da adotada pelo Código Civil (mobilidade dos bens), o Código do Consumidor segue o critério da durabilidade ou não dos produtos ou serviços.

¹⁰ "Prescrição e Decadência no Código de Defesa do Consumidor". *Revista de Direito do Consumidor*, n.10, abril/junho de 1994. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 81.

Para os bens não duráveis, o prazo para reclamação é fixado em trinta dias. Já para aqueles de vida útil não efêmera (duráveis), o prazo decadencial é de 90 dias.

De acordo com o Código, a contagem do termo inicial da decadência, diante da constatação de um vício aparente, é a partir da entrega efetiva do produto ou do término da execução do serviço (art. 26, § 1º).

Tratando-se de vício oculto, ao revés, o termo inicial para a reclamação sobre produto ou serviço durável passa a ser contado a partir da data em que o defeito tornar-se conhecido (art. 26, § 3º).

Submetem-se também à decadência as reclamações inerentes a produtos ou serviços que apresentem vício quanto à quantidade ou qualidade (arts. 18 e 20), que sejam, de algum modo, impróprios ao uso e ao consumo (arts. 18, § 6º, e 20, § 2º).

6. PRAZOS PRESCRICIONAIS

Diz o art. 27 do CDC que "prescreve em cinco anos a pretensão à reparação pelos danos causados por fato do produto ou do serviço prevista na Seção II deste Capítulo, iniciando-se a contagem do prazo a partir do conhecimento do dano e de sua autoria".

Cuida-se, aqui, de fato do produto ou do serviço, com ofensa à segurança do consumidor.

O produto, em decorrência do vício, como já assinalado, atinge a incolumidade físico-psíquica do consumidor, potencializando, assim, um acidente de consumo, sujeitando-se o consumidor a um perigo iminente.¹¹

São as hipóteses elencadas nos arts. 12 e 14 do CDC, cuja pretensão ao exercício do direito de ação, objetivando a reparação dos danos causados, prescreve em cinco anos.

O Código, aqui, estabelece prazo prescricional único para todos os casos de acidente de consumo.

Embora relativamente curto, assevera Cavalieri Filho, "esse prazo só começa a correr a partir do conhecimento do dano e de sua autoria. Destarte, se determinada doença manifestar-se em um

¹¹ REsp. 114.473/RJ. Relator Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, em 24/03/97.

consumidor anos após ter utilizado algum medicamento ou produto alimentício, e ficar demonstrado que a doença tem por causa esse medicamento ou produto, somente a partir daí começa a correr o prazo prescricional".¹²

O período quinquenal, todavia, não é aplicável para as hipóteses em que se debate a responsabilidade pelo vício, quando o consumidor sofre apenas danos patrimoniais.¹³

Tratando-se, pois, de fato do produto ou serviço, o direito de reclamar a reparação pelos danos causados prescreve em cinco anos, "iniciando-se a contagem do prazo a partir do conhecimento do dano e de sua autoria".¹⁴

Por fim, e em razão do veto ao parágrafo único do artigo 27, aplicam-se à prescrição as hipóteses de suspensão e interrupção enunciadas nos arts. 197 a 203 do Código Civil.

A controvérsia, aqui, se faz outra vez presente, já que Zelmo Denari, ao afirmar que "as razões de veto devem ser desconsideradas", em face de "um equívoco remissivo no parágrafo único, que se remete às hipóteses previstas no § 1º quando pretendia se referir às hipóteses previstas no § 2º do mesmo artigo" posiciona-se no sentido de admitir como causas suspensivas da prescrição as indicadas no § 2º do art. 26.

7. CAUSAS IMPEDITIVAS

Discorre Roberto Senise Lisboa sobre a natureza jurídica da expressão "obstam a decadência", utilizada para indicar as causas obstativas elencadas no § 2º do art. 26 do Código de Defesa do Consumidor.

Enuncia o autor, com a nossa total concordância, que não se trata de suspensão, interrupção ou, ainda, de qualquer outro fenômeno da mesma natureza.

Trata-se, como assim conclui, "de caso de impedimento da decadência, figura até então inexistente no direito brasileiro".¹⁵

¹² CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Ob. cit.* p. 445

¹³ LISBOA, Roberto Senise. *Ob. cit.* p. 277

¹⁴ Art. 27, parte final, CDC.

¹⁵ *Ob. cit.* p. 277.

Exatamente por se cuidar de impedimento e não de suspensão ou interrupção, é que a contagem do prazo decadencial sequer se inicia. Não prossegue onde parou (suspensão) e nem se reinicia (interrupção), causas que, aliás, não se coadunam com os prazos decadenciais.¹⁶

Cessada a causa do impedimento, por conseguinte, inicia-se a contagem do prazo decadencial, como previsto nos incisos I (produtos e serviços não duráveis) e II (produtos e serviços duráveis).

Alude-se, por fim, que em razão da prevalência da lei especial sobre a geral, não se aplicam os prazos decadenciais previstos no art. 445 do Código Civil, para redibição ou abatimento do preço, circunstâncias previstas no art. 18 do CDC.

O legislador, por certo, andou bem ao estabelecer regras distintas para efeitos diversos, o que torna estéril, a partir daqui, qualquer discussão sobre, como insistem em afirmar alguns doutos, a possibilidade de reconhecer-se a submissão de um prazo (prescrição) pelo simples decurso do outro (decadência).

8. O DIREITO EM AÇÃO

Duas questões importantes são, a partir de agora, trazidas ao debate: 1^a) o pleito indenizatório decorrente de dano reflexo, ou por ricochete, se submete ao mesmo prazo decadencial previsto no art. 26 do CDC para o vício do produto ou serviço que lhe deu causa? 2^a) uma vez ultimado o prazo decadencial para o vício do produto ou serviço é possível, ainda assim, intentar-se a ação reparatória por dano moral decorrente do mesmo fato jurídico, já que este último se encontra submetido a prazo diferenciado?

Exemplificando: na primeira hipótese, além da perda de um forno de microondas o consumidor suportou outro prejuízo material, uma vez que determinado componente daquele produto (forno), por falha de fabricação, foi a causa determinante do curto-circuito interno que, por sua vez, deu causa à queima dos motores da geladeira e do freezer que se encontravam ligados à mesma rede elétrica. Ultrapassado, por inércia do consumidor, o prazo decadencial de 90

¹⁶ *Ibidem*.

dias (art. 26, II, CDC), os danos materiais que foram causados aos outros dois eletrodomésticos estariam submetidos ao mesmo regramento decadencial? Na segunda hipótese, o consumidor, uma vez caracterizada a decadência para a reclamação pelo dano material, poderia, com base no mesmo fato, pleitear a reparação do dano moral, com fundamento no fato do produto (art. 27, CDC)?

Independentemente da existência das divergências doutrinárias já apontadas, as respostas são as seguintes: não, para a primeira indagação, e sim, para a segunda.

Expõe Roberto Senise Lisboa, outra vez com a nossa total concordância que, a bem da verdade, "não parece razoável a distinção feita entre defeito e vício, segundo a qual aquele serviria para explicar a responsabilidade pelo fato, enquanto a expressão 'vício' estaria reservada para as hipóteses tratadas nos arts. 18 a 25, da Lei 8.078/90. A grande diferença entre as responsabilidades pelo fato e pelo vício não reside na expressão utilizada, mas no bem juridicamente tutelado que foi ofendido ou se encontra na iminência de ser violado.¹⁷

Como já assinalado em trabalho anterior¹⁸, na responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço (arts. 12 e 14, CDC), o defeito causa dano material ou moral ao consumidor, ou ambos, também identificado como acidente de consumo, já que atinge a incolumidade físico-psíquica do consumidor e seu patrimônio. Já o vício do produto ou do serviço, ao revés, está relacionado aos defeitos inerentes ao próprio produto ou serviço, são vício *in re ipsa*. São vícios inerentes à qualidade (arts. 18, 20 e 21, CDC) ou à quantidade (art. 19, CDC) dos produtos ou dos serviços.

Nesse contexto, como parte integrante da fundamentação da resposta à primeira questão, a separação doutrinária entre prescrição e decadência ganha destaque na solução a ser ao final apontada.

Dúvidas não pairam de que os prazos para o exercício da faculdade jurídica (ou direito potestativo) previstos no art. 26, incisos I e II, do CDC, têm natureza decadencial. Da mesma forma, é

¹⁷ "Responsabilidade Civil nas relações de consumo". São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2001, p. 193-194.

¹⁸ CARVALHO, José Carlos Maldonado de. Ob. cit. p. 64-68.

prescricional o prazo previsto no art. 27 do CDC para que o direito subjetivo venha a ser exercido.

No destrinche da problemática, Ruy Rosado de Aguiar, com a precisão que lhe é peculiar, pondera que: "o direito à indenização, da qual é titular o consumidor lesado por defeito do produto ou do serviço com ofensa à sua segurança (arts. 12 e 14), é um direito subjetivo de crédito que pode ser exercido no prazo de 5 anos, mediante a propositura de ação através da qual o consumidor (credor) deduz sua pretensão dirigida contra o fornecedor para que efetue a sua prestação (pagamento da indenização)", o prazo é prescricional.

Em sentido inverso, "se o produto ou serviço apresenta vício quanto à quantidade ou qualidade (art. 18 e 20), sendo de algum modo impróprio ao uso e ao consumo (arts. 18, § 6º, e 20, § 2º), a lei concede ao consumidor o direito formativo de escolher entre as alternativas de substituição do produto, abatimento proporcional do preço, a reexecução do serviço, ou a resolução do contrato, com a restituição do preço (art. 18, § 2º, e inciso do art. 20). A lei cuida dessas situações como sendo um direito formativo do consumidor", o prazo é decadencial.

Assim, na hipótese de vício do produto ou serviço que, além de determinar a perda da própria coisa, terá dado causa a danos outros (como, no exemplo citado, a perda de aparelhos elétrico-eletrônicos), esses danos, ainda que tenham sido produzidos em razão do vício de fabricação existente em apenas um dos aparelhos, não estão diretamente vinculados à qualidade ou à quantidade daquele produto. Logo, tais danos não se encontram submetidos a um único prazo para o exercício do direito subjetivo do consumidor lesado.

Trata-se, como doutrinariamente se convencionou chamar, de dano reflexo, dano em ricochete ou dano indireto.¹⁹

Por conseguinte, outra dúvida se faz presente: estaria o dano reflexo submetido ao mesmo prazo decadencial a que se submete o dano que lhe deu causa?

¹⁹ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 6ª edição. 2ª Tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 124.

Em trabalho pioneiro sobre o tema, o Desembargador Carlos Eduardo Fonseca Passos, em recurso de apelação decidido pela Segunda Câmara Cível do Tribunal do Estado do Rio de Janeiro, traz, como proposta de solução, valer-se da distinção doutrinária entre dano *circa rem* e dano *extra rem*, entendendo-se por dano *circa rem* aquele diretamente ligado ao vício do produto, e *extra rem* o dano cujo liame é só indireto.²⁰

Afirma o Desembargador Fonseca Passos, no acórdão de sua lavra, que, em outras palavras, "todas as pretensões de ressarcimento em dano *circa rem* não têm autonomia em relação às edilicianas. A expressa latina, *circa*, significa próximo, ao redor, por conseguinte, ligado diretamente à coisa e ao dano, de modo que não pode se desgarrar e constituir pretensão autônoma, mas deduzida em ordem sucessiva. Já o ressarcimento de dano *extra rem*, por ser o vínculo somente indireto, a pretensão é dotada de autonomia. Extra, tem o sentido de fora de, além de, à exceção de, donde a cumulação de pedidos é simples".²¹

Logo, "a ligação, por ser meramente indireta, e o fato de o dano ser exterior ao vício, permite que a pretensão se desprenda da ação edilícia e seja deduzida com autonomia, ao contrário do dano *circa rem* imanente àquele.

É essa, portanto, a lógica imanente do art. 7º, do CDC, que assegura a introdução da especificidade do Direito do Consumidor no universo geral do Direito.

Ou seja, o dano causado ao próprio produto, em razão de vício preexistente, não ficou apenas restrito àquele objeto; foi um pouco além, configurando fonte para uma pretensão autônoma.

9. CONCLUSÃO

Assim, quanto à primeira indagação, por não se tratar de vício do produto, mas, sim, de conseqüências daí advindas (dano *extra rem*), não está o pleito reparatório submetido aos prazos decadências do art. 26 do CDC. Submete-se, ao revés, ao prazo prescricional

²⁰ Apelação Cível 14.440/2007 - Segunda Câmara Cível, TJRJ.

²¹ FONSECA PASSOS, Carlos Eduardo. *Ob. cit.*

previsto no art. 27, já que a pretensão não está ligada à ação edilícia, por se tratar de fato do produto, ou seja, não vinculado ao simples defeito.

Quanto à segunda, ainda que a perda do prazo para o exercício da faculdade jurídica, por vício do produto, tenha se verificado diante da decadência operada (art. 26, incisos I e II, CDC), o direito subjetivo do consumidor à reparação pecuniária por dano moral se mantém íntegro, uma vez que o fato do produto ou do serviço, e não mais o vício, foi o que atingiu a sua incolumidade físico-psíquica, cujo acidente de consumo está submetido ao período quinquenal, nos termos do art. 27 do CDC.

Por se tratar de dano extrapatrimonial (dano moral), cuja autonomia em relação ao dano patrimonial é incontroversa, configura-se a natureza *extra rem*, pois, seu liame com o vício é indireto, não comportando aplicação de prazos decadenciais como os previstos para o dano material.

Outra forma de pensar caracterizaria, sem dúvida, uma conclusão que se arrisca ao equívoco, ou, como assim afirma a doutrina tradicional, uma "heresia jurídica", até porque "as indenizações por dano material e dano moral são cumuláveis, ainda que oriundos do mesmo fato", como assentado jurisprudencialmente no Enunciado nº 37 do Superior Tribunal de Justiça.

São estas, pois, as considerações que ora submeto a comunidade estudiosa do Direito Consumerista.☐

Repercussão Geral: Um Passo a Mais na Difícil Trilha de Construção da Vinculatividade das Decisões Judiciais

Vanice Lírio do Valle

*Procuradora do Município do Rio de Janeiro.
Doutora pela UGF e Mestre em Direito pela
Universidade Estácio de Sá.*

1. ORIGEM DA REPERCUSSÃO GERAL COMO PAUTA DE PRIORIDADE DA REFORMA DO JUDICIÁRIO: OS TRABALHOS LEGISLATIVOS DA EC 45

O valor da segurança jurídica, inerente ao Estado Democrático de Direito organizado pela Carta de Outubro, deita raízes nas mais variadas formas de atuação do poder politicamente organizado, e, particularmente, naquelas que expressam exercício da função jurisdicional. Garantir, portanto, acesso à justiça e razoável duração do processo integra um conjunto de parâmetros de desenvolvimento dessa mesma função, de molde a gerar, em favor do cidadão, confiança em relação ao conteúdo e à efetividade do sistema normativo brasileiro¹. A partir desse objetivo, a busca incessante de ferramentas que permitam harmonizar, no campo da função

¹ Sempre é relevante ter em conta o registro de INGLEHART, de que elevados níveis de confiança interpessoal - que encontra na efetividade do sistema jurídico um importante elemento de garantia da reciprocidade de comportamento que integra seu conceito - conduzem à estabilidade das instituições democráticas (INGLEHART, Ronald. "Trust, well-being and democracy". In WARREN, Mark E. (ed.). *Democracy & trust*. USA: Cambridge University Press, 1999, p. 88-120).

jurisdicional, os vetores que contribuem para a resultante segurança nas relações jurídicas, tem envolvido, por várias vezes, a subordinação lógica de decisões judiciais em geral a partir da pronúncia de uma Corte em particular², como uma alternativa a se ter em conta.

Aos possíveis resultados benéficos do uso dessa técnica, todavia, se associa sempre um conjunto de temores dos mais variados matizes; desde os riscos da excessiva hierarquização e centralização do Judiciário, passando pelas possíveis vicissitudes decorrentes de uma cristalização da compreensão do direito, até as preocupações atinentes a um possível cerceamento ao exercício da livre convicção por parte de magistrados não integrantes das estruturas às quais se reconheça a competência para a edição de pronúncias de caráter vinculante.

Em que pese a importância dos temas sugeridos pelas objeções acima indicadas, a tendência à subordinação das decisões judiciais retorna, e com toda força, por ocasião dos debates atinentes à Emenda 45, conhecida como Reforma do Judiciário³; encontra-se, no que toca ao tema principal das presentes cogitações - repercussão geral como condição de admissibilidade do recurso extraordinário - a primeira referência expressa por ocasião da redação substitutiva apresentada pelo Sen. Bernardo Cabral no seu relatório à agora PEC nº 0292/000, publicada em 11/06/2002⁴. Na ocasião, destacava o Relator o diagnóstico da crise imposta ao Judiciário, sublinhando que a constitucionalização de temas os mais diversos - dentre muitos outros fatores - contribuíra para a multiplicação desmesurada dos recursos às Cortes Superiores, com evidente prejuízo

² A "particularização" da Corte apta a produzir a decisão subordinante normalmente tem em conta a repartição constitucional de competências, com destaque para os órgãos de jurisdição excepcional, a saber, STF e STJ. Registre-se todavia, que também os mecanismos de homogeneização interna das pronúncias existem - o incidente de uniformização de jurisprudência é sua manifestação mais clara - sempre influenciados pelo traço hierarquizado de nossa estrutura de organização judiciária.

³ Tenha-se em mente que, embora do ponto de vista formal a Emenda Constitucional 45 venha à luz a partir da PEC 96/92, o fato é que o simples transcurso de 14 anos de tramitação já determinariam, por si, substantivas modificações que transpassaram dois arquivamentos da proposta, duas Comissões Especiais e um substitutivo, até alcançar, em 11 de agosto de 1999, a relatoria da Deputada Zulaiê Cobra, a partir da qual ganha velocidade o processo de sua apreciação. É a partir do encerramento do segundo turno de votação na Câmara que a matéria é remetida ao Senado Federal, onde passa a tramitar sob o nº 029/2000.

⁴ Disponível em <<http://www.senado.gov.br/web/cegraf/pdf/10062002/10951.pdf>>, última consulta em 22 de março de 2007.

a seu adequado funcionamento, circunstância que estaria a exigir mecanismos de preservação desses Tribunais da massa de recursos a eles dirigidos.

Curiosamente, embora ao longo do mencionado relatório se lancem considerações atinentes à importância da técnica da vinculatividade⁵ das decisões como instrumento de homogeneização da aplicação do direito constitucional e federal⁶, a proposta de inclusão do § 3º ao art. 102 da CF - que introduz o requisito de repercussão geral para admissibilidade do Recurso Extraordinário - encontra justificativa lacônica⁷.

A excessiva síntese, no que toca à motivação para a proposta da instituição do requisito de repercussão geral, pode encontrar dois possíveis fundamentos distintos, e - segundo o que aqui se defende - equívocos. O primeiro prende-se à circunstância de que, em matéria de repercussão geral, a manifestação de subordinação das distintas estruturas judiciais que se apresenta no art. 102, § 3º da CF não é aquela clássica, geradora dos argumentos de contradita traduzidos no início deste artigo.

O signo da não repercussão geral *não influi no conteúdo possível da prestação jurisdicional* a ser oferecida pelos órgãos distintos daquele revestido de competência para vincular (STF). Em verdade, a negativa da repercussão geral, e o conseqüente trancamento definitivo do recurso extraordinário contribui, tendencialmente, para a *consolidação* do entendimento externado pelo Tribunal *a quo*. Com isso, não teriam aplicação, em princípio, as críticas que se apresen-

⁵ Sobre o significado técnico específico da vinculatividade como mecanismo de subordinação das decisões lógicas se cogitará em título abaixo, no presente trabalho.

⁶ "...O modelo brasileiro ressent-se, de há muito, de um instrumento que imponha a adoção do direito constitucional e do direito federal pelos juízes e tribunais de primeiro e segundo grau. À sua falta tem-se observado a massacrante multiplicação de ações idênticas, sobre matéria já decidida inúmeras vezes pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça. O efeito vinculante da decisão de mérito da ADIN, associado à implementação da súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal e, sugeriremos, da súmula vinculante do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal Superior do Trabalho, deve ter impacto expressivo no trabalho de retorno a um Judiciário viável." (Relatório do Sen. Bernardo Cabral, disponível em <<http://www.senado.gov.br/web/cegraf/pdf/10062002/10996.pdf>>, última consulta em 22 de março de 2007.

⁷ "...Finalmente é instituída a demonstração da relevância da matéria constitucional para a admissão do recurso extraordinário, o que impedirá o acesso à Corte, veiculada pelo apelo extremo, das teses nela já vencidas." (Relatório do Sen. Bernardo Cabral, disponível em <<http://www.senado.gov.br/web/cegraf/pdf/10062002/10996.pdf>>, última consulta em 22 de março de 2007.

tavam em relação a propostas como a da súmula vinculante, e, antes disso, por ocasião da Emenda Constitucional nº 3, da extensão dos efeitos de mesma natureza nas ações de controle abstrato da constitucionalidade. Disso, todavia, não pode decorrer a conclusão de que não se cuide, no art. 102, § 4º da CF, de conferir-se traço hetero-subordinante à decisão do STF; o que se dá, é que os alcançados por esse efeito são menos os órgãos revestidos de jurisdição, e mais os jurisdicionados-recorrentes, já que em relação a esses últimos é que se porá o óbice insuperável à apreciação do tema pela Corte Suprema.

É certo que o traço específico de vinculatividade dessa mesma decisão - pela negativa da repercussão geral de uma determinada matéria - não se apresenta explicitado no texto constitucional⁸, e assim permanece na regulação concretizada pela Lei 11.418/06, que em nenhum momento utiliza essa específica expressão. Ainda que não adotada expressamente a vinculatividade, certo é que a pretensão de subordinação, como gênero, vem claramente expressa na redação que se conferiu a preceitos como os arts. 543-A §§ 5º e 7º, e ainda 543-B, § 2º, todos do CPC.

Cogitou-se, todavia, nesse texto, de duas possíveis causas para o laconismo da fundamentação da proposta legislativa que veio a regular a figura constitucional da repercussão geral. A segunda delas repousa no falso sentimento - reproduzido, em boa medida, pela própria comunidade jurídica - de que o instituto da repercussão geral espelhe, na verdade, um *dejà vu*, uma espécie de reedição da velha figura da argüição de relevância da questão federal introduzida no texto da Constituição Federal de 1967 pela Emenda Constitucional nº 7/77.

Embora a invocação de previsões pretéritas de realidades já vividas - como é o caso da exigibilidade da argüição de relevância da questão federal - se possa apresentar como um elemento pacificador dos espíritos pela familiaridade que deles adviria, fato é que, na hipótese, reminiscências nostálgicas não devem, em absoluto,

⁸ A rigor, o enunciado do art. 102, § 3º da CF não refere à vinculatividade da decisão exarada pelo STF; o efeito todavia resta sugerido pela cláusula de *quorum* especial de deliberação associada, nos demais precedentes de sua adoção, às decisões vinculantes.

ter lugar. Afinal, o "passado" representado pela evocação dos termos da redação que a Emenda 7/77 atribuiu à CF/67 envolve a aplicação de uma constituição mutilada por um período de ausência de normalidade democrática - realidade em nada idílica, e que não há de oferecer qualquer contribuição útil à construção de sentido da repercussão geral em tempos de Estado Democrático de Direito.

Sob o ponto de vista estritamente técnico, ademais, é de se ter em conta que a argüição de relevância da questão federal não foi objeto de regulação legislativa - já que o texto constitucional reme-tia a matéria exclusivamente ao Regimento Interno do STF - ; e, mais ainda, não se apresentava dotada de caráter formalmente subordinante, mas sim, e somente, do cunho persuasivo de que se revestem, naturalmente, as decisões da Suprema Corte. Com isso, têm-se já distinções substantivas que autorizam o afastamento da utilidade da pretendida analogia entre os dois requisitos processuais.

E quais hão de ser os pilares compreensivos desse novo instituto? Embora parte dessa indagação se tenha inicialmente solvida pela recente edição da Emenda Regimental nº 21, disciplinadora da matéria, fato é que o tema resta ainda cercado de dúvidas, pelo que justificável a manutenção de um exercício dialético voltado ao aperfeiçoamento de seus contornos.

2. REPERCUSSÃO GERAL QUALITATIVA E QUANTITATIVA: SAUDÁVEL INSTRUMENTO DE DIÁLOGO ENTRE AS INSTÂNCIAS JURISDICIONAIS

Primeiro elemento a se destacar, que parece uma hábil composição no caminho de um funcionamento articulado e dialógico das várias estruturas constitucionais de desenvolvimento da função do poder identificada como jurisdicional, é a consagração pela Lei 11.418/06 de duas distintas hipóteses de repercussão geral, a saber, aquela de fundo *qualitativo* (art. 543-A do CPC) e a de cunho *quantitativo* (art. 543-B do CPC), distinção essa que se reproduz nos termos dos arts. 322 Parágrafo Único e 328, ambos do Regimento Interno do STF.

Constitui *repercussão geral qualitativa* aquela que envolve a existência de questões relevantes do ponto de vista econômico, so-

cial ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa (art. 543-A, § 1º do CPC e 322, Parágrafo Único do RISTF). Interessante ter em conta que a conjugação, justamente, dos dois traços legislativos - potencial efeito do decidido para além dos interesses subjetivos da causa, e relevância da questão - permite concluir que *o objeto da repercussão geral não há de ser o pedido imediato* vazado no meio de impugnação, mas sim aquele *mediato*, único cuja análise e solução empreendida no julgamento do recurso extraordinário, pode ser apto, pela premissa lógica que determina na criação do critério jurídico de solução, a extravasar efeitos para além dos limites subjetivos da demanda.

Apresenta-se a hipótese de cabimento consubstanciada no art. 543-A do CPC como a própria para a provocação em relação a questões inéditas, cuja compreensão ainda não se tenha traçado pela Corte Suprema, e cujo efeito multiplicador, embora em tese possível, não se tenha afigurado ainda concretamente. Nessas hipóteses, aquilo de que se cogita é menos uma ação retificadora/uniformizadora do STF, e mais um agir *preventivo*, pedagógico mesmo, em relação a uma questão que se ponha potencialmente como de alcance amplo. Em tempos em que à garantia constitucional de acesso à justiça se associa igualmente a prestação jurisdicional rápida e hábil a consolidar um sentimento de segurança jurídica, a instituição de instrumentos de ação preventiva parece mais do que consentânea com os cânones inspiradores das reformas processuais em implementação.

Distinta é a previsão consubstanciada no art. 543-B do CPC, que contempla a figura da *repercussão geral quantitativa*, cujo pressuposto é a "...multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia..."⁹. Aqui, mais do que o *potencial* de trasladação dos efeitos do decidido para além dos limites subjetivos da causa, o que se tem é a *já submissão* ao Judiciário de *idêntico* conflito. Mais

⁹ Embora o expresso teor do art. 328, *caput*, do RISTF não reproduza, na literalidade, os termos do art. 543-B do CPC, fato é que a associação de multiplicidade de feitos e identidade de controvérsia ainda remanesce presente. O parágrafo único do art. 328 do RISTF, por sua vez, explicita que a multiplicidade de feitos pode ser apurada a partir de um único Tribunal de origem - como sugeria o teor do art. 543-B do CPC - ou ainda a partir do próprio STF que, provocado por diversos Tribunais em número não denunciador de repercussão geral quantitativa em cada Estado, tenha revelada a multiplicidade sob o ponto de vista concentrado do Tribunal *ad quem*.

estreita, portanto, a hipótese: a extensibilidade do decidido não é potencial, mas é concreta e reiterada em números expressivos, conforme traduzido pela denúncia empreendida também pelo Tribunal de origem, nos termos da disciplina contida no art. 543-B, §1º, do CPC.

O conceito em si da dimensão quantitativa do tema *sub judice* não é estranho à sistemática de processamento de providências jurisdicionais dirigidas ao STF. Assim é que o "efeito multiplicador" de decisões submetidas a crivo da Corte Suprema se constitui elemento importantíssimo na análise dos pedidos de reclamações¹⁰, suspensão de segurança¹¹, e mesmo de medidas cautelares de outorga de efeito suspensivo ao recurso extraordinário. Também já na área específica do controle de constitucionalidade, é a multiplicidade de decisões judiciais que traduzam resistência à aplicação de um determinado dispositivo legal que autorizará o ajuizamento da ação declaratória de constitucionalidade. O que existe de diferente, com a instituição agora da repercussão geral qualitativa, é que a multiplicidade de demandas - ou o velho "efeito multiplicador" - se espraia e vê temporalmente antecipada sua apreciação como elemento de análise para fins de cabimento dos recursos extraordinários interpostos. Assim, na nova sistemática a multiplicidade de demandas, se apresenta como um possível (ainda que não único) fundamento de admissibilidade de todo e qualquer recurso extraordinário; por isso, desloca-se do terreno do mérito, onde se situava no que toca aos provimentos jurisdicionais que já antes desse aspecto cogitavam, para o das preliminares do meio de impugnação, nos termos do multimencionado art. 102, III da CF.

A conclusão pela normatização, por meio da Lei 11.418/06, de duas espécies de fenômeno de repercussão geral se poderia sus-

¹⁰ O efeito multiplicador é expressamente declinado como um dos elementos determinantes, por exemplo, do provimento das Reclamações 3070 MC, Relatora a Min. Ellen Gracie; e ainda Reclamações 2929 MC e 3166 MC, Relator o Min. Gilmar Mendes, todas versando sobre o tema da regulação por TRT's, do processamento de mandados requisitórios de pequeno valor.

¹¹ No terreno da suspensão de segurança, os precedentes se apresentam em número bastante expressivo, e em temas variados. Assim, aponte-se a referência, como fundamento para a providência, ao "efeito multiplicador" em matéria de pessoal (Suspensão de Segurança nºs. 3011 e 3059, Relatora a Min. Ellen Gracie), mas também, por exemplo, em matéria tributária (Agravado Regimental em Suspensão de segurança 1307, 1489, 1492, 1599, 1836, 1887, Relator o Min. Carlos Velloso).

tentar a partir da literalidade do art. 543-B do CPC, ao remeter à sua específica disciplina - e não à do art. 543-A do mesmo diploma - o processamento dos recursos em que se tenha multiplicidade de demandas. Parece, todavia, que o elemento a se valorizar na solução legislativa concretizada pela Lei 11.418/06 é o já mencionado traço dialógico que se reforça entre STF e Tribunais de origem.

E por que motivo se afirmou se constitui esse sistema de "duplo trilho", pelo qual optou a Lei 11.418/06, um hábil caminho de construção dialógica entre os órgãos integrantes das estruturas de exercício da função jurisdicional?

Observe-se que a Emenda Constitucional 45 transita no sentido da consolidação de um desenho institucional, originário da Carta de Outubro, que reconhece ao STF funções distintas daquelas da prestação ordinária de jurisdição. Assim, o papel de corte constitucional, envolvendo a cunhagem do constitucionalismo evolutivo (CANOTILHO, 2002, p. 283)¹² e a garantia da atualidade e efetividade da compreensão do Texto Fundamental, não se coaduna com o desenvolvimento rotineiro da atividade de prestação de jurisdição - pelo que é natural e desejável que não desemboquem nessa mesma Corte parcela tão expressiva das demandas processadas no País. Dessa seletividade cognitiva pode decorrer, de outro lado, um distanciamento entre STF e sociedade, ou mesmo entre o STF e os demais órgãos da estrutura do Judiciário, esses sim destinados ao enfrentamento diário da conflituosidade ordinária, em muito acirrada nos dias de hoje¹³, e, aparentemente, sem uma perspectiva de declínio nessa reta ascendente¹⁴.

¹² CANOTILHO, Joaquim José Gomes. "Constitucionalismo político e constitucionalismo societal num mundo globalizado". in _____. **Brançosos e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional**. Coimbra: Edições Almedina S/A, p. 281-283.

¹³ Em recente declaração ao jornal **O Globo**, publicada na seção "O País", edição do dia 20 de março de 2007, a Presidente do Supremo Tribunal Federal (STF), Ministra Ellen Gracie, disse que o volume de processos no Brasil tornou-se praticamente impossível de ser analisado. São 62 milhões de processos que tramitam no país, 4.400 casos para cada magistrado. O modelo atual, segundo a Ministra, estimularia o litígio.

¹⁴ É de BARBOSA MOREIRA a advertência de que esse aumento da conflituosidade se relaciona à "...incessante expansão da área em que a Justiça é chamada a atuar...", destacando temas antes entendidos como reserva da Administração, e hoje submetidos à apreciação jurisdicional, como proteção ao consumidor e meio ambiente (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. "O problema da duração dos processos: premissas para uma discussão séria". **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil** nº 12 - maio-junho/2006, p. 27-36).

Nesse sentido, a construção de canais de comunicação entre o STF e as demais estruturas integrantes do Poder Judiciário, canais esses que permitam evidenciar quais sejam os temas que se estejam pondo presentes nos litígios correntes, qual a pauta de prioridade fixada pela sociedade no que toca à compreensão e efetividade da constituição - traduzida em demanda pela prestação de jurisdição - se revela importantíssima.

A consagração de uma hipótese de repercussão geral quantitativa, que é identificada e submetida ao STF com o concurso do Tribunal de origem - uma vez atendido pela parte recorrente, por esse ou outro fundamento, o requisito de admissibilidade contido no art. 102, § 3º da CF - caminha justamente nesse sentido, da articulação entre Tribunal *a quo* e STF no que toca à evidenciação de temas que estejam a exigir definição pela Corte, tendo em conta a realidade vivenciada pelo Judiciário de origem. Essa tendência se vê revelada mais francamente no art. 328 *in fine* do RISTF, quando prevê a possibilidade de o STF *pedir informações* aos Tribunais ou Turmas de Juizado Especial *a quo*, em se cuidando de repercussão geral quantitativa.

Apresenta-se ainda a admissibilidade da intervenção dialógica do Tribunal *a quo* para fins de evidenciação da repercussão geral quantitativa, como uma previsão simétrica àquela contida no art. 543-A, § 6º do CPC. Nessa última hipótese, o convencimento em relação à efetiva repercussão e transcendência, como destacam MARINONI e MITIDIERO (2007:39-40), pode ser subsidiado por informações prestadas por *amicus curiae*, ajudadores na concretização da sociedade aberta de intérpretes; no caso da repercussão geral quantitativa, esse mesmo auxílio adviria de quem detém maior conhecimento desse dado, que é empírico - o Tribunal *a quo*.

Mais ainda: do ponto de vista estritamente pragmático, a tendência é que o recorrente articule o cabimento de seu recurso extraordinário com fundamento no art. 543-A do CPC, na medida em que a existência de uma multiplicidade de demandas nem sempre será de seu conhecimento, ou será passível de evidenciação pelo litigante ordinário. A se entender que as hipóteses de repercussão geral quantitativa devam ser suscitadas - e comprovadas - pelo recorrente.

te, sem qualquer contribuição pelo Tribunal *a quo*, o resultado será uma interpretação restritiva dos potenciais usuários do fundamento contido no art. 543-B do CPC, que provavelmente se limitaria ao Poder Público e às grandes corporações¹⁵.

Entendido que o fundamento quantitativo de repercussão geral possa ser chancelado - ou mesmo informado alternativamente àquele originariamente apontado pela parte - pelo Tribunal, tem-se ao revés, uma ampliação das potencialidades de atuação orientadora da pronúncia a ser expandida pelo STF; e se essa é a inspiração do instrumento legislativo, nesse sentido é de caminhar a interpretação do texto.

O diálogo institucional entre instâncias do poder a desenvolver função jurisdicional contribui ainda para o aperfeiçoamento do exercício dessa mesma atividade, azeitando as estruturas de controle e legitimando os resultados. Por isso, a exegese que favorece à prática dialógica se afirma mais consentânea com o texto constitucional.

Assim, uma vez interposto o recurso extraordinário que afirma repercussão geral qualitativa da matéria, poderá ainda o Tribunal *a quo* consignar que, *também do ponto de vista quantitativo*, desponha a hipótese de cabimento do meio de impugnação constitucional - e com isso, provocar o multimencionado diálogo, eventualmente antecipando uma providência que o próprio STF, como já se aludiu, poderia vir a determinar a teor do art. 328 do RITSF.

A previsão da repercussão geral quantitativa guarda, em verdade, relação de complementaridade sistêmica com a competência reconhecida pelo art. 3º, XI da Lei 11.417/06, em favor dos "...Tribunais Superiores, os Tribunais de Justiça dos Estados ou do Distrito Federal e Territórios, os Tribunais Regionais Federais, os Tribunais Regionais do Trabalho, os Tribunais Regionais Eleitorais e os Tribunais Militares", para propor a edição, revisão ou cancelamento de enunciado de súmula vinculante; também essa na linha dialógica entre as instâncias.

¹⁵ É verdade que em sede de suspensão de segurança, já por várias vezes a Suprema Corte afirmou incumbir ao recorrente o ônus da evidenciação do potencial efeito multiplicador (v.g., SS 2227-Agr, Relator o Min. Maurício Corrêa, e SS 3059, Relator a Min. Ellen Gracie); mas é de se ter em conta que essa é providência que, *ex vi legis*, tem por solicitante especificamente ao Poder Público - o que torna razoável a exigência.

O STF, por sua vez, tem a prerrogativa de combinar os instrumentos de subordinação das decisões judiciais das Cortes ordinárias: 1º) trancando remessa de novos recursos extraordinários com a negativa da repercussão geral (art. 543-B, § 2º do CPC); 2º) reconhecendo a repercussão geral para fins de admitir o recurso extraordinário, abrindo a possibilidade - a partir das premissas que fixe na análise - à apreciação dos demais recursos sobrestados na origem (art. 543-B, § 3º do CPC); e 3º) reconhecendo a repercussão geral para fins de admissão do recurso extraordinário, eventualmente entender caracterizada a reiteração de pronúncia na matéria constitucional para fins de, até mesmo, prover de ofício a edição de súmula vinculante.

Importante ter em conta, portanto, que a reiteração do tema - ou a "...multiplicidade de recursos...", para utilizar a expressão legislativa - não se constitui por si só requisito *sempre e sempre* exigível para a caracterização da repercussão geral; e por via de consequência, não haverá que se falar em negativa de seguimento de recurso extraordinário interposto com fundamento no art. 543-A do CPC, por ausência da evidenciação desse requisito objetivo numérico. De outro lado, é possível prever uma cumulação, na demonstração do cabimento do extraordinário, entre as hipóteses do 543-A e 543-B do CPC; mais ainda, é possível antecipar que a cumulação das espécies possa se verificar *ab initio* - veiculando-se portanto, já na peça recursal oferecida - ou ainda que uma questão originariamente identificada como de repercussão geral qualitativa venha a se revelar também quantitativamente relevante com o transcurso do tempo¹⁶.

Andou bem a Lei 11.418/06 na instituição das duas hipóteses, autorizando o acesso das questões ainda potencialmente abrangentes ao STF; e isso se afirma por múltiplas razões. Primeiro, garantir o conhecimento e a pronúncia em relação a um tema relevante, an-

¹⁶ Essa se constitui hipótese interessante, que não restou propriamente explicitada pelos termos da Emenda Regimental disciplinadora da matéria. Afinal, de vez que os fundamentos possíveis de caracterização da repercussão geral são autônomos, a superveniência da repercussão quantitativa - identificada no âmbito do STF ou de Corte *a quo* que venha a dessa circunstância dar notícia ao Supremo, em outro recurso extraordinário sobre mesma matéria, encaminhado agora sob esse fundamento - pode se apresentar como alternativa à inadmissão de uma impugnação anterior, falha em demonstrar a mesma repercussão do ponto de vista qualitativo.

tes que ele se tenha multiplicado de forma significativa no Poder Judiciário; pode ser o desenvolvimento de uma ação preventiva, valiosa do ponto de vista de eficiência da jurisdição. A par disso, o conhecimento antecipado de uma questão que se afigura como eivada de um potencial de multiplicação pode permitir uma aproximação inicial do problema que inaugure, por sua vez, uma caminhada reflexiva do STF na busca do adequado critério jurídico de solução.

É preciso ter em conta que o processo de construção do significado constitucional é permanente, e se dá, muitas vezes, por agregação de conhecimento, por realinhamento sistêmico entre várias decisões isoladas, enfim, por uma série de operações lógicas e intelectuais que reclamam, por vezes, tempo para amadurecimento. Nesse sentido, permitir-se o contato com o problema, antes da sua multiplicação, pode beneficiar o STF com o acompanhamento dos termos em que ele se põe, e com o tempo necessário ao aperfeiçoamento sucessivo de decisões de sua própria lavra, antes que a multiplicidade de casos concretos gere a pressão da celeridade - nem sempre, em matéria de direito, a melhor conselheira.

3. APONTAMENTO INICIAL DA REPERCUSSÃO GERAL PARA AUTORIZAR O CABIMENTO RECURSAL - ANÁLISE PELO TRIBUNAL A QUO

É no tema dos efeitos da análise quanto ao atendimento do especial requisito de admissibilidade do recurso extraordinário que a Lei 11.418/06 introduz o maior conjunto de inovações e dificuldades.

Primeiro elemento inovador reside na reserva de competência para a formulação do juízo de admissibilidade do recurso por ausência de repercussão geral. Nos termos do art. 102, § 3º da CF, a recusa de admissão do recurso por ausência de repercussão geral só se pode verificar pela manifestação de 2/3 dos membros da Corte - o que implica em concentrar essa particular decisão na esfera de competência do Pleno do STF. Tal inovação já implica em uma inversão no processo lógico decisório habitual em matéria de recurso extraordinário. Explica-se.

De vez que a apreciação judicial decorrente da interposição do recurso previsto no art. 102, III da CF não se constitui grau ordinário de jurisdição, a lógica de análise do cabimento do mencionado meio de impugnação parte dessa premissa da excepcionalidade, e portanto se opera a partir de uma estratégia de filtragem, de bloqueio. Disso decorre que, antes da vigência da Lei 11.418/06, a ausência dos requisitos de admissibilidade se tinha por apurada inicialmente e na sua íntegra no Tribunal *a quo*, juízo esse que, embora pudesse ser reformulado pelo STF, estaria a depender do manejo de nova espécie recursal, a saber, o agravo de instrumento.

Agora, com a instituição de um novo requisito de admissibilidade - que se soma aos anteriores, sem substituí-los, e que não tem por competente para sua apreciação o mesmo agente - a análise da admissibilidade passa a se revestir de um grande número de sutilezas, algumas das quais, num exercício de prospectiva, se pode adiantar.

Enquanto não concretizada nenhuma pronúncia do STF quanto à repercussão geral, uma vez interposto o recurso extraordinário, apreciará o Tribunal *a quo* seus requisitos ordinários de admissibilidade, e poderá: 1^o) formular um juízo negativo de admissibilidade, v.g., por ausência de prequestionamento, ou de qualquer outro dos requisitos formais de admissibilidade a autorizar o exame de mérito recursal - hipótese em que o recurso extraordinário será de pronto, inadmitido¹⁷; 2^o) formular um juízo positivo de admissibilidade, que se revela parcial, na medida em que remanescerá a apreciação pelo STF da existência de repercussão geral. O meio de impugnação será então remetido à Corte Suprema, ou sobrestado à vista da já seleção de outro caso paradigma (art. 543-B, § 1^o do CPC).

A partir da prática de aplicação do novel requisito de admissibilidade, dar-se-á - decerto - a prolação, pelo STF, de pronúncias acerca dos temas apontados como de repercussão geral,

¹⁷ A subsistência - depois da instituição da figura da repercussão geral - dos demais requisitos de admissibilidade do recurso extraordinário, que foi objeto de alguma indagação na origem dos debates, hoje se tem por assentada, e a conclusão encontra apoio ainda nos termos do art. 323 do RISTF: "...quando não for caso de inadmissibilidade do recurso por outra razão...".

revestidas, *ex vi lege*, de efeito vinculativo. Isso introduzirá no agir do Tribunal *a quo*, nova variável, a saber, a *identificação dos fundamentos de repercussão geral* apontados, para contrastá-los com as decisões já havidas pela Corte Suprema. Disso resultará uma miríade de novas possibilidades, dentre as quais certamente se incluirão as seguintes:

1^a) o Tribunal *a quo* identifica *um único fundamento de repercussão geral*, e esse tema *não foi ainda objeto de pronúncia* pelo STF; a solução será então a remessa do meio de impugnação a seu conhecimento e/ou sobrestamento dos demais que espelhem a mesma controvérsia, nos termos do art. 543-B, § 1º do CPC;

2^a) o Tribunal *a quo* identifica *um único fundamento de repercussão geral*, e esse tema *já foi objeto de pronúncia* pelo STF; disso decorre sua circunscrição a essa mesma premissa, decidindo pela inadmissibilidade do recurso (arts. 543-A, § 5º e 543-B, § 2º do CPC)¹⁸ ou pelo seu direcionamento ao STF na eventualidade de o juízo da Corte Suprema em relação à questão anteriormente apresentada ter sido positivo;

3^a) o Tribunal *a quo* identifica *mais de um fundamento de repercussão geral*, e *algum deles* não foi ainda objeto de pronúncia pelo STF; nessa hipótese, ainda no juízo de admissibilidade, a partir da competência outorgada pelos arts. 543-A § 5º e 543-B § 2º, o Tribunal *a quo* pronunciará a inadmissibilidade *pelo(s) fundamento(s) já decidido(s) pelo STF*, mas de outro lado *ressalvará outro(s) tema(s) ainda não decidido(s)*, cuja análise, exclusivamente, compete à Corte Suprema, para o que promoverá a remessa para análise ou sobrestamento em caso de multiplicidade de demandas, essa última na hipótese do art. 543-B, § 1º do CPC; na mesma solução, a rigor, cairá a situação de fato em que, da multiplicidade de fundamentos de repercussão geral, exsurja pelo

¹⁸ Registre-se a referência legislativa - art. 543-A, § 5º CPC - da possibilidade de revisão da tese antes articulada por ocasião da negativa de repercussão geral, temática remetida à explicitação pelo Regimento Interno do STF, que todavia, na redação conferida pela Emenda Regimental nº 21, desse tema específico, ainda não cuidou. Parece prudente a opção da Corte, por reservar para oportunidade futura a disciplina relacionada à revisão de uma espécie de decisão - aquela que reformula juízo anterior de negativa de repercussão geral - que não teve qualquer ocorrência em concreto.

menos um em relação ao qual o STF tenha já formulado juízo *positivo* quanto à repercussão geral¹⁹;

4ª) o Tribunal *a quo* identifica *mais de um fundamento de repercussão geral*, e *todos eles foram já objeto de pronúncia* pelo STF, negando a extensão do fenômeno; nessa hipótese, nos termos dos já mencionados arts. 543-A § 5º e 543-B § 2º, o juízo de admissibilidade poderá se completar, a partir da premissa vinculante, com o não seguimento do recurso extraordinário. Da mesma forma, se os múltiplos fundamentos de repercussão geral mereceram, todos, juízo favorável por parte do STF, a consequência - evidente - será o encaminhamento do recurso a processamento.

Sofistica-se, assim, o conteúdo da análise a ser empreendida por ocasião do juízo de admissibilidade do recurso extraordinário, impondo-se uma manifestação analítica em relação a cada um dos fundamentos de admissibilidade apontados como evidência de repercussão geral - especialmente quando se cogitar da inadmissão por suposta apreciação da questão pelo juízo competente. Em verdade, esse é um resultado previsível de uma sistemática que caminha no sentido do caráter subordinante dos precedentes, o que trará necessariamente toda uma nova relevância aos mecanismos de identificação de pontos comuns e aspectos distintivos entre as hipóteses cogitadas em cada um dos feitos submetidos a juízo.

4. SEQÜÊNCIA DA ANÁLISE DA EXISTÊNCIA DA REPERCUSSÃO GERAL - A APRECIÇÃO PELO STF

Cumpra à disciplina a ser instituída pelo Regimento Interno do STF vencer o desafio de assegurar possa ter o instituto da repercussão geral o efeito pretendido, qual seja, de racionalização, a partir de uma triagem temática, do trabalho da Corte. Diz-se desafio porque à finalidade mencionada é de se combinar o preceito consti-

¹⁹ Observe-se que, em que pese os termos do art. 543-B, §§ 3º e 4º do CPC - repercutidos na disciplina havido no âmbito do RISTF no art. 21, § 1º -; tema que decerto ainda exigirá muito debate e reflexão, pelo que parece sugerir de vinculatividade da decisão havida em *relação à questão principal do recurso extraordinário* (providência que a rigor, vai em muito além à própria pretensão de regulação do novel instituto consagrado pelo art. 102, § 3º da CF); fato é que o juízo positivo quanto à repercussão geral pronunciado pelo STF, versando sobre tema que é prejudicial de mérito, como já se apontou nesse trabalho, pode ter aplicabilidade a uma hipótese que envolva a mesma prejudicial, mas para fins de uma outra espécie de pronúncia quanto ao pedido imediato.

tucional que fixou *quorum* especial para a negativa da repercussão geral - 8 ministros - o que poderia estar a sugerir um chamamento inafastável do Pleno da Corte, na análise de todos os recursos extraordinários interpostos em todo o país...

A solução, em verdade, veio sendo construída a partir dos termos da Lei 11.418/06, pela redação que conferiu ao art. 543-A, § 4º, autorizando o reconhecimento da repercussão geral, pela Turma, por um *quorum* de 4 votos.

O Regimento Interno, por sua vez, em seus arts. 323 a 325, institui um mecanismo voltado igualmente a conferir agilidade à apreciação do tema da repercussão geral. Algumas previsões são inovadoras mas harmônicas com os imperativos constitucionais, como se passará a demonstrar.

Cuidando do *iter* para a apreciação do tema da repercussão geral, estabelece já o art. 323, § 1º do RISTF, uma *presunção de existência* do requisito quando voltado o recurso à impugnação de decisão contrária a súmula ou a jurisprudência dominante²⁰. Em verdade, a previsão reproduz os termos do art. 543-A, § 3º do CPC, e se harmoniza com o caráter de guardião da Constituição, e de homogeneizador das decisões que envolvam essa mesma operação, próprio do STF.

Ausente a *presunção* reiterada no art. 323, § 1º do RISTF, manifesta-se o Relator quanto à caracterização da repercussão geral, encaminhando tal pronúncia aos demais Ministros *por meio eletrônico*. Tal providência parece se apresentar como uma "prévia" em relação ao tema, da qual pode resultar: 1º) a formação de nova *presunção* de repercussão geral (agora, decorrente não da violação da súmula, ou da jurisprudência dominante, mas do silêncio dos demais julgadores, a teor do art. 324, Parágrafo Único do RISTF); 2º) um juízo positivo em relação à repercussão geral, observado o *quorum* de 4 votos; ou ainda 3º) um juízo insuficiente à afirmação da repercussão geral, o que induz a necessidade de apreciação pelo Pleno.

²⁰ Também aqui a identificação da contrariedade entre a decisão recorrida e a súmula ou jurisprudência dominante não se constitui operação lógica tão simples, exigindo atenção especial aos mecanismos de identificação de pontos de identidade e diferenciação.

Formada a presunção de repercussão geral, nos termos do art. 324, parágrafo único do RISTF, seguir-se-á o julgamento do recurso, por pronúncia singular ou colegiada (art. 325, parágrafo único do RISTF). Constitui premissa da solução preceituada no Regimento aquela de que a decisão pela existência da repercussão geral é uma decisão *pro* acesso à justiça, e portanto, positiva por princípio sob o prisma da tutela à Constituição; por isso, fica justificado o uso da técnica da presunção do requisito de admissibilidade no silêncio dos julgadores, e, também por esse motivo, a autorização de prosseguimento do julgamento.

Outra conclusão que autorizam os termos do art. 325, parágrafo único do RISTF, é a de reforço da afirmação já empreendida, de que o tema a ser reconhecidamente objeto de repercussão geral há de ser uma *questão prejudicial de mérito* - e não o pedido imediato, que remanesce pendente de solução se positivo o juízo de admissibilidade (e, agora, sem a exigência de *quorum* especial para deliberação). Isso se diz vez que, se assim não fosse, não haveria hipótese possível de prolação de decisão monocrática no prosseguimento da prestação de jurisdição.

Encaminhada, de outro lado, a discussão preliminar - e eletrônica - da repercussão geral no sentido da sua *negativa*, inobstante o multimencionado art. 325, *caput* do RISTF refira a formalização e subscrição da decisão de recusa do meio de impugnação; indiscutivelmente o feito haverá de ser encaminhado ao Pleno, depois dessa etapa preliminar, para cumprimento do *quorum* exigido pelo art. 102, § 3º da CF.

Uma questão pode ainda estar a merecer atenção, decorrente da sistemática de avaliação preliminar da repercussão geral, em mídia eletrônica: é possível afirmar decorra desse sistema alguma violação às características originárias da cláusula do *due process*? Ou a construção da decisão quanto ao requisito de admissibilidade, ocorrida sem o signo do julgamento público, se poderia reputar violadora de alguma garantia fundamental?

Já se disse nesse subitem, que a decisão em favor do processamento do recurso caminha no sentido da garantia constitucional do acesso à justiça. É certo que presumir a repercussão geral

importa, de outro lado, em postergar a pretensão de definitividade da decisão pretendida reformar (e com isso se poderia cogitar de eventual alcance da esfera de direitos do vencedor no acórdão recorrido); mas, a submissão de um tema que envolve aplicação da Constituição ao STF é propósito que igualmente merece prestígio - e nesse sentido, a resultante dos vetores em sopesamento parece remanescer positiva quando se tem como possível a apreciação do recurso decorrente da decisão eletronicamente construída.

Fato é que em nome da efetividade da prestação de jurisdição, as técnicas de decisão monocrática se têm multiplicado, caracterizadas por uma publicidade distinta daquela da prolação na presença pessoal dos julgadores e interessados, identificada, ao revés, pela transparência em relação a seus fundamentos, em homenagem igualmente aos termos do art. 93,IX da CF. Na hipótese dos arts. 324 e 325 do RISTF, o que se tem é uma combinação de técnicas e meios através das quais se reverencia a colegialidade necessária ao atendimento aos requisitos de *quorum* (4 votos para a admissão na Turma, 8 votos para a rejeição); ao mesmo tempo, se busca preservar a pronúncia pessoal e igualmente motivada de cada um dos julgadores a intervirem na decisão.

5. A VINCULATIVIDADE INSINUADA - OU SOBRE COMO O LEGISLADOR OBLÍQUO É TAMBÉM RESPONSÁVEL PELA SOBRECARGA DO JUDICIÁRIO

Tecidas observações atinentes à articulação em si da preliminar de repercussão geral - esse o objeto de cogitação mais imediato daqueles profissionais do direito que, no dia-a-dia de sua lide forense, estão a interpor seus recursos - cabe trazer à reflexão aspectos estruturais que se revelam igualmente relevantes à construção desse novel instituto que, como já se disse, é de se cunhar sem as sombras da ordem constitucional pretérita.

O ponto principal que se deseja destacar é o *caráter oblíquo* da disciplina que ora se instituiu, que, sem aludir à vinculatividade, no sentido estrito da palavra, parece estar a desejar a instituição desse mesmo efeito, não só em relação ao tema da repercussão geral, mas também no que toca à matéria de mérito suscitada no recurso extraordinário.

5.1 - Decisão sobre repercussão geral e seus efeitos, em verdade, *erga omnes*

Já se teve oportunidade de mencionar que nem o texto do art. 102, § 3º da CF²¹, nem qualquer dos dispositivos aprovados pela Lei 11.418/06 alude especificamente à *vinculatividade* da decisão proferida por ocasião da análise da alegada hipótese de repercussão geral²².

É certo que os arts. 543-A, § 5º e 543-B, § 2º do CPC traduzem claramente a subordinação, tanto mencionada, da decisão quanto ao processamento do recurso extraordinário a partir da análise que se tenha lançado quanto à afirmada repercussão geral de uma determinada matéria; mas disso se pode extrair a compreensão de que cuida o instituto em causa de uma decisão de cunho *vinculativo*, propriamente?

Antes de se empreender ao enfrentamento dessa questão, cumpre trazer à memória a premissa já estabelecida pelo próprio STF de qual seja o significado da vinculatividade como signo oponível a uma determinada decisão judicial; isso se faz a partir do decidido na ADC 1 - QO, em que se estabeleceu o debate quanto ao significado da introdução, justamente no art. 102, § 2º CF, da referência não só à produção de efeitos *erga omnes* pela decisão de procedência da ADC, mas também, de vinculatividade desses mesmos efeitos.

Na oportunidade, o Min. Moreira Alves, Relator da ADC 1 - QO esclarecia o tema:

De feito, se a eficácia erga omnes que também possuem suas decisões de mérito lhe dá a mesma eficácia que têm as decisões de mérito das ações diretas de inconstitucionalidade (e - note-se - é em virtude dessa eficácia erga omnes que esta Corte, por ser alcançada, igualmente por ela, não pode voltar

²¹ Eloquentemente parece ser o silêncio do art. 102, § 3º da CF no que toca à vinculatividade dos efeitos da decisão quanto à repercussão geral, particularmente tendo em conta o parágrafo imediatamente anterior, que disso expressamente cogita.

²² Registre-se que o texto convertido na Lei 11.418/06 em verdade expressa, quase que de forma idêntica, o texto contido no Projeto de Lei 6648/06, tendo se empreendido tão-somente a pequenas emendas de redação, como se verifica do Relatório da CCJ, disponível em <<http://www2.camara.gov.br/proposicoes>>, última consulta em 30 de março de 2007.

atrás na declaração que nela fez anteriormente), do efeito vinculante que lhe é próprio resulta:

a) se os demais órgãos do Judiciário, nos casos concretos sob seu julgamento, não respeitarem a decisão prolatada nessa ação, a parte prejudicada poderá valer-se do instituto da reclamação para o Supremo Tribunal Federal, a fim de que este garanta a autoridade dessa decisão; e,

b) essa decisão (e isso se restringe ao dispositivo dela, não abrangendo - como sucede na Alemanha - os seus fundamentos determinantes²³, até porque a Emenda Constitucional n. 3 só atribui efeito vinculante à própria decisão definitiva de mérito), essa decisão, repito, alcança os atos normativos de igual conteúdo daquele que deu origem a ela, mas não foi seu objeto, para o fim de, independentemente de nova ação, serem tidos como constitucionais ou como inconstitucionais, adstrita essa eficácia aos atos normativos emanados dos demais órgãos do Poder Judiciário e do Poder Executivo, uma vez que ela não alcança os atos editados pelo Poder Legislativo.

Abertura do acesso ao jurisdicionado ordinário, ao STF, pela via da reclamação, para tutela da autoridade das decisões da Corte, e extensão do modelo lógico consagrado pela decisão a outros atos normativos de idêntico conteúdo: essas são as características acrescentadas pela outorga, a uma decisão judicial, do signo da vinculatividade. Nesse mesmo sentido, MARTINS e MENDES (2001, p. 338-342)²⁴ aduzem no que toca à vinculatividade não só do dispositivo, mas da "norma decisória concreta", o argumento de que a negação desse alcance aos limites objetivos da mencionada pronúncia "...tor-

²³ Essa ressalva no voto do Min. Moreira Alves, por si só, já permitiria um largo conjunto de considerações pelo que ela contém de paradoxal, nos seus próprios termos. Afinal, o dispositivo da sentença guarda relação direta com o pedido imediato - e, como tal, só pode ter por objeto, na ação declaratória de constitucionalidade, o ato normativo concretamente controlado. Assim, não há como se asseverar que os efeitos vinculantes se reconheçam tão-somente ao dispositivo da decisão, e, ao mesmo tempo, reconhecer sua extensibilidade a outros atos normativos "...de igual conteúdo daquele que deu origem a ela [decisão na ADC] mas não foi seu objeto...".

²⁴ MARTINS, Ives Gandra da Silva, e MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à Lei 9.868, de 10-11-1999**. São Paulo: Saraiva, 2001.

naria de todo despiendo esse instituto, uma vez que ele pouco acrescentaria aos institutos da coisa julgada e da força de lei...²⁵.

Retoma-se, então, a indagação original: é possível, em relação à repercussão geral, aludir a vinculatividade, no seu sentido técnico-jurídico?

A resposta - é o que se sustenta - há de ser negativa, e por distintas razões. A primeira que se apresenta reside na circunstância de que, se na ação declaratória de constitucionalidade - que se constitui, como se sabe, processo objetivo, em que o contraste entre o texto controlado e a Constituição Federal se faz sem a interseção de elementos próprios à projeção do conflito na esfera de direitos subjetivos dos litigantes - a Emenda Constitucional nº 3 teve o cuidado de *explicitar* um efeito que não é típico, no sistema brasileiro, das decisões judiciais, com maior razão isso seria de se exigir no que toca à análise de um requisito de admissibilidade que vem à luz justamente no bojo de uma discussão travada em recurso extraordinário, cujo debate foi todo conduzido sob o signo subordinante das particularidades do caso concreto²⁶.

A par disso, já se afirmou repetidas vezes que o tema, cuja repercussão geral é de ser mostrada, constitui *questão prejudicial* àquela que é objeto do pedido imediato. Assim, se a vinculatividade se pudesse aludir, essa só poderia recair sobre aquilo que venha a se revestir - ao menos, segundo a avaliação do STF - da *transcendência* que autorizou a própria admissibilidade do recurso extraordinário. A composição da lide, decorrente da decisão em si do pedido imediato no meio de impugnação, já não se revestirá (ou, ao menos, isso não foi objeto da análise) do mesmo traço transindividual, e, portanto, cogitar-se de decisão vinculante, particularmente em relação a ela, parece um equívoco.

Em verdade, o que se verifica mais propriamente, é a formação de efeitos *erga omnes* em relação à prejudicial apontada como

²⁵ Essa temática - do conceito em si, e portanto, a incidência da vinculatividade de decisões do STF, vem sendo atualmente discutida no curso das Reclamações 4335, 4219 e 4897, todas enfrentando o tema dos limites subjetivos e objetivos da pronúncia de inconstitucionalidade havida, seja em controle abstrato, seja difuso.

²⁶ A rigor, o fundamento da pronúncia de inconstitucionalidade havida em um caso concreto pode se relacionar a problemas, não de sua análise objetiva, mas sim de dificuldades na sua *dimensão de aplicação*.

caracterizadora de repercussão geral; é esse alcance ultrapartes que permitirá o reconhecimento da (in)admissibilidade de outros recursos extraordinários que tenham a mesma temática de fundo. De subordinação das demais decisões judiciais cogita, sim, o instituto da repercussão geral, mas não de vinculatividade no sentido que já se apontou.

Mas se a questão se resolve pelos argumentos acima indicados, porque se alude, no presente título, a uma vinculatividade insinuada por um legislador oblíquo?

5.2 - Decisão do tema principal do recurso extraordinário e a vinculatividade insinuada, em afronta à Constituição

A observação se faz a partir do texto dos §§ 3º e 4º do art. 543-B do CPC, cujos termos não guardam, numa primeira aproximação, uma relação de consistência interna com a moldura constitucional do tema, e mesmo com a estrutura da Lei 11.418/06.

Assim é que, na seqüência procedimental proposta pelo art. 543-B do CPC, tem-se a identificação da multiplicidade de demandas, com a seleção de alguns casos significativos a serem remetidos ao STF (§ 1º); em continuidade, há a previsão de que, negada a existência da repercussão geral, os recursos sobrestados considerar-se-ão não admitidos (§ 2º). A dificuldade surge a partir das providências preconizadas pelo art. 543-B § 3º do CPC, que passa a cuidar já de alternativas decisórias ao órgão *a quo a partir do julgamento de mérito do recurso extraordinário*²⁷.

Desloca-se a cogitação normativa para o terreno do juízo positivo da repercussão geral (o que conduzirá o STF à análise de mérito do recurso)²⁸; o que o preceito recomenda é a apreciação dos recursos sobrestados pelos Tribunais, "...que poderão declará-los pre-

²⁷ A técnica de redação, em verdade, entra em linha de contraste com a recomendação de "...expressar por meio dos parágrafos os aspectos complementares à norma enunciada no *caput* do artigo e as exceções à regra por este estabelecida..." emanada do art. 11, III, "c" da Lei Complementar nº 95/98; afinal, o tema de que cuidam os §§ 3º e 4º não guarda relação de complementariedade com a cabeça do preceito ou com seus parágrafos anteriores.

²⁸ Melhor andaria o texto em causa se referisse, em linha de simetria, não ao julgamento de mérito do recurso extraordinário, mas à afirmação da existência da repercussão geral. Isso porque o que importa para fins de exercício de jurisdição pelos Tribunais *a quo* em relação aos recursos sobrestados não é a decisão de mérito do recurso extraordinário, mas o reconhecimento em si da repercussão geral.

judicados ou retratar-se...". Considerando que o ofício jurisdicional dos mencionados órgãos a rigor já se encerrou, e que aquilo que se está desenvolvendo é o exercício compartilhado da análise dos requisitos de admissibilidade de um meio de impugnação destinado ao STF, resta claro que a apreciação a ser empreendida diz respeito exclusivamente a esse ponto sobre o qual ainda tenham os mencionados órgãos jurisdicionais, competência. Se assim o é, e houve o juízo positivo quanto à repercussão geral, o que resta ao Tribunal em relação aos recursos sobrestados é *dar-lhes seguimento*, encaminhando-os à apreciação do STF. Incabíveis, portanto, as referências legislativas a declaração de prejudicialidade²⁹ do recurso, ou mais ainda, a retratação³⁰.

Em linha ainda mais enigmática caminha o art. 543-B, § 4º do CPC, ao aludir a "...mantida a decisão...". Ora, a decisão objeto do recurso extraordinário, no que toca ao Tribunal *a quo*, está preclusa, e não pode ser objeto de reformulação; o único efeito do juízo positivo quanto à repercussão geral há de ser aquele de admissão do recurso. A partir disso, o que se tem é mero exercício da competência própria do STF para julgamento do recurso extraordinário fundado em questão já chancelada como de repercussão geral: poderá cassar ou reformar o acórdão recorrido.

Sempre se poderia explorar ainda a alternativa de compreensão de que a Lei 11.418/06 inovou ainda mais profundamente, revertendo o efeito preclusivo que decorreria da entrega da prestação jurisdicional pelo Tribunal *a quo*, para lhe permitir - a partir da premissa fixada pelo STF - reformular seu juízo anteriormente externado. Essa compreensão desafiaria, por sua vez, uma série de questões atinentes ao contraditório e ao devido processo. Mas não parece ser esse o único obstáculo a esse entendimento que instaura uma quase circularidade na relação processual.

²⁹ Se o recurso se tem por "prejudicado" pelo não reconhecimento da repercussão geral, a hipótese se compreenderia na disciplina do art. 543-B, § 2º do CPC, o que tornaria ociosa a parte do preceito que ora se analisa.

³⁰ A palavra retratação dá conta da reformulação de um juízo anterior, por seu mesmo prolator, o que aparentemente não se pode produzir na hipótese. Afinal, a competência julgadora do Tribunal *a quo* se encerrou com a prolação do acórdão recorrido, não cabendo em relação a esse, pelo encerramento do ofício jurisdicional, empreender qualquer retratação; já o juízo quanto à repercussão geral não lhe é próprio, e as decisões a ela atinentes são reflexo direto da deliberação do STF, o que exclui, igualmente, a possibilidade de se aludir a retratação.

É nos §§ 3º e 4º do art. 543-B do CPC que se vê, como já demonstrado, a vinculatividade insinuada, na medida em que a determinação da reformulação de juízo "...contrário à orientação firmada..." parece caminhar no terreno dessa técnica de subordinação das decisões judiciais. Ocorre que esse passo - vinculatividade da decisão do STF, não só quanto à repercussão geral, mas também quanto ao mérito do recurso extraordinário - falece de autorização constitucional, o que há de determinar o repúdio a essa interpretação em favor daquela outra que reconhece, no texto legal, atecnia e imprecisões conceituais, mas prestigia a integridade da ordem fundamental.

Importante destacar que, na esteira do previsto pelos multi-mencionados §§ 3º e 4º do art. 543-B do CPC, a Emenda Regimental nº 21/07 caminha um pouco além, e defere competência ao Relator (art. 21, § 1º do RISTF) para "...cassar ou reformar, liminarmente, acórdão contrário à orientação firmada nos termos do art. 543-B do Código de Processo Civil". O dispositivo regimental se revela, em relação a essa parte final, pleno de complexidades. Afinal, a autorização hoje existente para a prolação de decisões monocráticas atinentes ao mérito do meio de impugnação - e a uma espécie desse gênero se refere o recém instituído § 1º do art. 21 do RISTF - se volta às hipóteses de *jurisprudência pacificada*, o que não parece ser, necessariamente a hipótese, em um recurso extraordinário decidido após o reconhecimento da repercussão geral na temática de fundo.

Um outro aspecto que causa perplexidade na sistemática ora sob exame diz respeito ao fato de que, a se estar reconhecendo vinculatividade, no sentido estrito, à prestação jurisdicional havida *na questão principal do recurso extraordinário*, como sugerem os §§ 3º e 4º do art. 543-B do CPC, e art. 21, § 1º do RISTF, se terá a formação de um enunciado vinculante, *sem que se tenha observado o mesmo quorum constitucionalmente eleito para a formação de súmula vinculante*, do que pode resultar mesmo o reconhecimento de vício de constitucionalidade nos mencionados dispositivos. Explica-se.

Reserva o art. 103-A da CF a figura da súmula vinculante como o mecanismo hábil à subordinação dos demais órgãos do Poder Ju-

diciário e da Administração Pública Direta e Indireta das três esferas federadas. Mais do que isso, o mesmo art. 103-A da CF reserva essa figura processual à *matéria constitucional* que tenha sido objeto de *reiteradas decisões*. Já em relação à repercussão geral, e à conseqüente análise do recurso extraordinário em que ela se tenha por demonstrada, não há qualquer alusão constitucional, ou mesmo legislativa, à vinculatividade. Admitir-se a cassação ou reforma do acórdão recorrido, nos termos do art. 21, § 1º do RISTF, importa em subliminarmente, reconhecer-se vinculatividade àquela prestação jurisdicional, não só sem autorização constitucional, mas ainda sob o risco de que a decisão de mérito se tenha formado sem a observância do *quorum* de dois terços - afinal, esse número de votos só se exige, em matéria de recurso extraordinário, para a *negativa da repercussão geral*, não para o reconhecimento dela, e menos ainda para a decisão em si da questão principal do extraordinário.

Insisto: a se ter por consagradores, efetivamente, de vinculatividade da decisão proferida no recurso extraordinário, os termos do art. 543-B §§ 3º e 4º do CPC, poder-se-ia ter uma hipótese em que a Turma reconhecesse a repercussão geral (*quorum* de 4 membros), julgasse por maioria o mérito do recurso extraordinário (*quorum* de 3 membros) e, com isso, se teria uma decisão de tal forma circunscritora da pronúncia por todos os órgãos judiciários, que seria possível ao STF, por ação exclusiva do Relator - unipessoal, portanto - cassar ou reformar o decidido pelo Tribunal *a quo* (art. 21, § 1º do RISTF). Vinculativa seria portanto a pronúncia, em matéria constitucional (já que esse é um dos pressupostos do cabimento do recurso extraordinário), sem que necessariamente se tivesse verificado, seja a reiteração, seja o *quorum* constitucionalmente apontado à subordinação dos demais poderes à deliberação do STF, nos termos do art. 103-A da CF.

Registre-se ainda que esse efeito vinculativo transversal careceria ainda, diferentemente do que se fez em relação à súmula vinculante (art. 103-A, § 2º da CF), de mecanismos formais expressos que autorizem a provocação da revisão dos entendimentos constituídos pela análise de recursos extraordinários, robustecendo o ris-

co de congelamento da jurisprudência constitucional, para o qual já advertia LEAL (2006:172-174).

É certo que a sobrecarga do STF pelas demandas repetidas e pelos fatores já aventados no presente trabalho se constituiu elemento determinante dos termos da proposta legislativa, quando apresentada. De outro lado, não é menos certo que o texto brumoso, opaco, que insinua um alcance que o sistema processual e constitucional não permitem, acentuará em muito os incidentes próprios da consolidação de um instituto novo.

6. IMPERATIVOS DE ADAPTAÇÃO A UMA NOVA MATRIZ DE RACIOCÍNIO DECORRENTE DA SUBORDINAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS

Como se mencionou no primeiro título dessas considerações, a idéia de subordinação, ou mais do que isso, de vinculatividade das decisões judiciais em si, não se constitui um absoluto ineditismo no direito nacional³¹. Todavia, não é menos verdade que alguns dos instrumentos que nesse sentido caminhavam, inobstante presentes no sistema processual pátrio já há algum tempo, tiveram aplicação tímida³², circunstância que nos priva do enriquecimento que só o empirismo pode oferecer.

Fato é que a subordinação imperativa - e não o simples caráter persuasório - das decisões não se tinha por incorporada ao imaginário do operador do direito brasileiro, e nisso se incluíam os profissionais que atuam nas múltiplas carreiras relacionadas a esse mister. De outro lado, ainda nos países tradicionalmente usuários de sistemas de precedentes vinculantes, como os Estados Unidos da América, os limites e a rigidez que sejam de se aplicar ao modelo vêm admitindo, já de algum tempo, uma saudável crítica reflexiva³³ - o

³¹ No tema, consulte-se texto prévio: VALLE, Vanice Lírio do. "Impasses sistêmicos da versão brasileira de precedentes vinculantes". *Revista Forense*. V. 384, Ano 102, março-abril de 2006, p. 503-516.

³² Significativo é o caso do incidente de uniformização de jurisprudência, que nos Tribunais estaduais, sujeitos diuturnamente à advocacia de massa, encontram uma aplicação muito menor do que seria de se imaginar.

³³ No início do século XX, dirigindo-se aos estudantes da Universidade de Yale, o *Justice* Cardozo, enfocando o tema da adesão aos precedentes, já registrava um debate no sentido de abolir-se à regra, manifestando sua compreensão no sentido dos ganhos da construção por agregação do pensamento jurídico, superadora da impossibilidade do legislador de dar resposta, senão aos reclamos mais graves de proteção da sociedade quanto ao abuso - resposta

que se traduz, para o direito brasileiro, em uma espécie de duplo déficit, seja no que toca à afinidade com a técnica e seu ferramental, seja no que toca aos questionamentos estruturais a que ela vem se submetendo.

Se, de um lado, a percepção de que a aplicação das lições do passado à solução dos questionamentos do presente possa se apresentar como uma manifestação do lado racional da natureza humana, de outro lado a sofisticação do sistema de precedentes e da vinculatividade dele decorrente impõe muito mais do que essa simples sensibilidade instintiva, porque se de um lado - e a próprio expressão *stare decisis* já o traduz - se deseja estabilidade no decidido, de outro lado isso não pode implicar em fossilização de um sistema que regula a dinâmica do convívio social.

Nesse sentido, se apresentam no sistema norte-americano - é de SUMMERS (1997, p. 390-399)³⁴ a lição - como instrumentos de análise entre o acervo de precedentes e a questão concretamente submetida à apreciação, as figuras do *distinguishing*, *modifying* e *overruling*, que envolvem uma racionalidade na formulação da argumentação jurídica que é própria, e não é a mais freqüente no universo nacional.

A afirmação da identidade - ou da diferenciação - entre situações de fato ou de direito, era argumento, até recentemente, de caráter meramente persuasivo. Assim, a operação material de identificação dos aspectos principais discutidos em cada caso, que autorizassem a chancela da identidade, ou o estigma da diferença, não é prática desenvolvida com apuro na realidade forense brasileira. Se isso já é assim no campo da análise dos fatos, com mais razão é no terreno da identificação da razão substantiva que deveria embasar, ou que efetivamente veio a fundamentar a decisão.

Os imperativos de celeridade, esses então, empurraram as pronúncias judiciais para um minimalismo do indispensável, pre-

sempre insuficiente diante da riqueza das hipóteses da vida real (CARDOZO, Benjamin N.. **A natureza do processo judicial: palestras proferidas na Universidade de Yale**. Trad. Silvana Vieira, São Paulo: Martins Fontes, 2004. Traduzido de *The nature of the judicial process*).

³⁴ MacCORMICK, D. Neil e SUMMERS, Robert S. (ed). *Interpreting precedents: a comparative study*. England: Dartmouth Publishing Company Limited, 1997.

mido sempre o julgador pelo imperativo de fazer estatística, de dar vazão ao caudal de processos que se lhe apresentam todos os dias.

Ocorre que as sutilezas da identificação das identidades - ou mais ainda, das diferenças - não se compadecem com o minimalismo, exigindo, ao revés, uma apreciação analítica. A adaptabilidade do precedente instituído em relação - esse é o foco da cogitação presente - a um determinado fundamento de repercussão geral, é operação que há de se fazer cuidadosamente, especialmente nos casos de repercussão quantitativa, em que é possível que a própria provocação de parte do recorrente, com o correr do tempo, se enriqueça em argumentos, eventualmente até de forma a não se poder afirmar seja a provocação original idêntica aos termos em que essa mesma matéria é agora apresentada em recurso.

É certo que essa observação é de se por, não só em relação ao Judiciário, mas também - se não principalmente - em relação aos profissionais do direito que perante ele postulam. Afinal, o *overruling* do precedente - no caso concreto, o reconhecimento de um novo aspecto em relação a uma determinada matéria, que se revista, ele sim, de repercussão geral, é uma possibilidade sempre presente, e depende primordialmente da provocação adequadamente articulada do recorrente, que há de empreender, na hipótese, ao *distinguishing*, de forma a sensibilizar ao STF.

Tem-se, em tempos de pronunciamento vinculante, reinaugurado o exercício cartesiano de identificação de hipóteses, e de contraste delas com as premissas já inauguradas pelo STF. De outro lado - e especialmente na atuação do Tribunal *a quo*, que age não como titular da competência para reconhecimento da repercussão geral, mas como delegatário da providência operacional de promover à aplicação concreta da premissa antes firmada pelo STF - a motivação, imperativo constitucional que exsurge do art. 93, IX da CF, há de se revestir de uma abrangência e explicitude suficientes a evidenciar o empreendimento da apreciação analítica que a hipótese requer, como antecipado no presente trabalho.

A efetividade de uma mudança depende, em relação direta, da adesão que ela seja apta a gerar entre seus destinatários. Toda a

comunidade jurídica, de outro lado, aspira a boa aplicação do direito, através de um processo rápido e eficiente, e de uma Suprema Corte que possa se reservar o desenvolvimento do rico papel que lhe é próprio. Se esse resultado será servido, e em que medida, pela instituição da figura da repercussão geral, é algo que só o tempo se incumbirá de dizer. ☐

O Uso dos Precatórios no Sistema Jurídico Brasileiro e a Ação de Repetição de Indébito Tributária

Claudio Carneiro B. P. Coelho

Mestre em Direito Tributário. Pós-graduado em Direito Tributário e Legislação de Impostos. Procurador Municipal. Professor da EMERJ.

Palavra que já povoou a mídia brasileira, envolvendo grandes escândalos políticos, o precatório, em uma análise bem breve, pode ser definido como sendo o documento expedido pelo presidente do tribunal, que proferiu a decisão judicial contra a Fazenda Pública (da União, de Estado, Distrito Federal ou Município), para que o pagamento da dívida seja feito, por meio de inclusão no orçamento seguinte pelo Poder Executivo do valor do débito, que deverá ser atualizado até a data do seu pagamento, através de uma ordem cronológica. A instituição do precatório, vocábulo *precatóriu(m)*, cognato de *precor* (pedir, solicitar) se deu exatamente para evitar os privilégios ilegais, sobretudo o preterimento de ordem entre credores das Fazendas Públicas, ou seja, que os pagamentos fossem efetuados dentro dos preceitos constitucionais, prestigiando a legalidade, a moralidade administrativa, a impessoalidade e a eficiência, dentre outros. Daí o precatório conter a quantia a ser paga, o nome do destinatário, a cópia da sentença e do acórdão, como também da certidão de conta da liquidação. Necessário se faz lembrar que, além da sistemática constitucional imposta pelo artigo 100 da Constitui-

ção Federal, a Lei 4.320, de 17 de março de 1964, ao estatuir normas gerais de Direito Financeiro e Controle Orçamentário, cuida (embora alterada pela LC 101/2000) da disciplina geral do pagamento das despesas públicas, em seu Capítulo III, nos artigos 58 a 64, logicamente naquilo que foi recepcionado pela Constituição de 1988. Nesse sentido, assim dispõe o art. 67 da Lei 4.320/64:

Os pagamentos devidos pela Fazenda Pública, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão na ordem de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, sendo proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para esse fim.

Esses débitos, requisitados pelo Presidente do Tribunal, que proferiu a decisão a ser executada por meio de precatório, serão inseridos a cargo da autoridade política devedora (chefe do Poder Executivo) na ordem cronológica de sua apresentação. Cabe lembrar que, caso os recursos orçamentários estejam esgotados, o Poder Executivo não está obrigado a solicitar a abertura de crédito especial para o atendimento de precatórios.

Discute-se se o não-pagamento voluntário e injustificado de precatório por parte do Estado enseja a intervenção federal. Entendemos que a resposta deve ser afirmativa, tendo em vista o que dispõe o art. 34, incisos VI e VI, alínea "d", da CRFB¹. Nesse sentido, o STF assim já se posicionou:

Não-pagamento de precatórios por Estado. Ausência de descumprimento voluntário e injustificado. Descabimento da Intervenção na Federação. "Intervenção Federal no Estado de São Paulo - 1. Retomado o julgamento de pedidos de intervenção federal no Estado de São Paulo por descumprimento de decisão judicial (CF, art. 34, VI) em face do não-pagamento de valor requisitado em precatórios relativos a créditos de natu-

¹ A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para: VI - prover a execução de lei federal, ordem ou decisão judicial; VII - assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais: ...d) prestação de contas da administração pública, direta e indireta.

reza alimentar - v. Informativo 277. O Min. Carlos Velloso, acompanhando o Min. Gilmar Mendes, proferiu voto-vista no sentido de julgar improcedente o pedido de intervenção por entender não configurado o descumprimento voluntário ou injustificado da decisão judicial por parte do Estado de São Paulo. Rel Min. Marco Aurélio, 25.9.2002. (IF 2915 e IF 2953). Informativo STF 283.

Verifica-se então que, se voluntária e injustificadamente o Poder Executivo descumpra a ordem judicial em tela, estará ele não só descumprindo uma ordem judicial, mas, sobretudo, violando frontalmente a Constituição, motivo pelo qual entendemos ser justificável a intervenção federal.

AS EXPRESSÕES "EM VIRTUDE DE SENTENÇA JUDICIÁRIA" E "FAZENDA PÚBLICA"

Acreditamos ser importante esclarecer que a expressão "em virtude de sentença judiciária" deve ser interpretada com cautela, considerando que a sentença que origina esse crédito é contrária à Fazenda Pública, a decisão de 1ª instância se submete ao duplo grau de jurisdição, daí, na verdade, ser originária de um acórdão, posto que, julgada pelos tribunais e não de uma sentença. Feita essa breve observação, meramente técnica, abordaremos a evolução do precatório na Constituição de 1988, que é análogo, como veremos ao art. 117, da Constituição de 1969².

Analisando a evolução constitucional em relação ao precatório, temos que a Constituição Política do Império do Brasil de 1824 e a Constituição de 1891 foram omissas. Somente a Constituição de 1934, em seu art. 182, inovou no sistema jurídico, trazendo o seguinte texto:

"Art. 182, da Constituição de 1934: Os pagamentos devidos pela Fazenda Federal, em virtude de sentença judiciária, far-

² Para alguns autores a Constituição de 1969 é simplesmente uma Emenda a Constituição de 1967 e não uma Constituição em si mesma

se-ão na ordem de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, sendo vedada a designação de casos ou pessoas nas verbas legais.

Parágrafo único: Esses créditos serão consignados pelo Poder Executivo ao Poder Judiciário, recolhendo-se as importâncias no cofre dos depósitos públicos. Cabe ao presidente da Corte Suprema expedir ordens de pagamento, dentro das forças do depósito, e, a requerimento do credor que alegar preterição de sua precedência, autorizar o seqüestro da quantia necessária para o satisfazer, depois de ouvido o Procurador-Geral da República."

Assim também na Constituição de 1937, em seu art. 95:

"Os pagamentos devidos pela Fazenda Federal, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão na ordem em que forem apresentadas as precatórias e à conta dos créditos respectivos, vedada a designação de casos ou pessoas nas verbas orçamentárias ou créditos destinados àquele fim.

Parágrafo único: As verbas orçamentárias e os créditos voltados para os pagamentos devidos, em virtude de sentença judiciária, pela Fazenda Federal, serão consignados ao Poder Judiciário, recolhendo-se as importâncias ao cofre dos depósitos públicos. Cabe ao presidente do Supremo Tribunal Federal expedir as ordens de pagamento, dentro das forças do depósito, e, a requerimento do credor preterido em seu direito de precedência, autorizar o seqüestro da quantia necessária para o satisfazer, depois de ouvido o Procurador-Geral da República."

Observe-se que aqui, que o texto constitucional trata indevidamente o precatório colocando-o no feminino - "as precatórias". A Constituição de 1946, também tratou do tema em seu art. 204:

"Os pagamentos devidos pela Fazenda Federal, estadual ou municipal, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão na or-

dem de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, sendo proibida a designação de casos ou pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos extra-orçamentários abertos para esse fim.

Parágrafo único: As dotações orçamentárias e os créditos abertos serão consignados ao Poder Judiciário, recolhendo-se as importâncias à repartição competente. Cabe ao presidente do Tribunal Federal de Recursos ou, conforme o caso, ao Presidente do Tribunal de Justiça expedir as ordens de pagamento, segundo as possibilidades do depósito, e autorizar, a requerimento do credor preterido no seu direito de precedência, e depois de ouvido o chefe do Ministério Público, seqüestro da quantia necessária para satisfazer o débito"

Por fim, antes da atual redação dada pela Constituição de 1988, temos na Constituição de 1967, em seu art. 112, §§ 1º e 2º e na EC nº 1/ de 1969 (para alguns Constituição de 1969), art. 117, §§ 1º e 2º:

"Os pagamentos devidos pela Fazenda Federal, estadual ou municipal, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão na ordem de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, sendo proibida a designação de casos ou pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos extra-orçamentários abertos para esse fim.

§1º: é obrigatória a inclusão, no orçamento das entidades de direito público, da verba necessária ao pagamento de seus débitos constantes de precatórios judiciais, apresentados até primeiro de julho.

§2º: As dotações orçamentárias e os créditos abertos serão consignados ao Poder Judiciário, recolhendo-se as importâncias respectivas à repartição competente. Cabe ao Presidente do Tribunal que proferir a decisão exequenda determinar o pagamento, segundo as possibilidades do depósito, e autorizar, a requerimento do credor preterido no seu direito de precedência, ouvido o chefe do Ministério Público, seqüestro da quantia necessária para satisfazer o débito".

Após essa análise evolutiva do precatório, até chegarmos ao atual art. 100, da CRFB/88, temos que o uso desse instituto foi introduzido em função da inalienabilidade dos bens públicos. Citamos a lição de ASSIS³ sobre o tema:

A causa do procedimento especial repousa no regime especial dos bens do domínio nacional e do patrimônio administrativo. É a disciplina usual em vários ordenamentos jurídicos. Em razão desse regime, a constrição imediata e incondicionada dos bens públicos se revela inadmissível em princípio, e inoperante, por decorrência, a técnica expropriatória genérica prevista nos arts. 646 e 647 do CPC e aplicável aos particulares. E, de fato, conforme o art. 100 do CC-02, os bens de uso comum do povo e os de uso especial - definidos nos incisos I e II do precedente art. 99 -, são inalienáveis, "enquanto conservam sua qualificação, na forma que a lei determinar".

Isto porque da inalienabilidade decorre a impenhorabilidade. Complementa ainda que, não só os bens públicos de uso comum e especial, mas também os dominicais, são impenhoráveis. Assim, o conceito de Fazenda Pública alcança todos os entes federativos, incluindo o Distrito Federal, sendo extensivo também às demais pessoas jurídicas de direito público, como as autarquias e fundações públicas de natureza autárquica. Para Carvalho Filho⁴ "em relação às fundações públicas, é irrelevante a atividade que desempenham, vale dizer, não importa perscrutar se a natureza da função tem mais conteúdo econômico ou social; o elemento básico da sua inclusão no sistema é o fato de serem elas dotadas de personalidade jurídica de direito público". O STJ⁵ entendeu que, mesmo as autarquias que exploram atividade privada, a exemplo das bancárias, devem ser regidas pelo sistema de precatórios. Daí porque, as sociedades de

³ ARAKEN DE ASSIS. **Manual da Execução**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 11ª ed. revista, ampliada e atualizada. 2007, p. 951 e 952.

⁴ CARVALHO FILHO, Jose dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2006. p. 905

⁵ Resp 64.287-RS, 05.09.1995

economia mista e as empresas públicas não serem incluídas nessa regra, sofrendo assim a execução⁶ normal regida pelo CPC. Contudo, é importante ressaltar que o STF, no julgamento do RE 220906-DF (**Informativo** 213 do STF), entendeu que a Empresa de Correios e Telégrafos - ECT, embora seja empresa pública, também estaria submetida ao regime do precatório, em função de ser equiparada à Fazenda por sua Lei instituidora.

EXCEÇÃO AO SISTEMA DO PRECATÓRIO

Em função da impenhorabilidade dos bens públicos, criou-se a regra da expedição de precatórios, que hoje está regulada no art. 100⁷, da CRFB. Até a edição da Emenda Constitucional nº 30 de 2000, os créditos eram atualizados até 1º de julho, sendo pagos até o final do exercício seguinte. Assim previa o parágrafo 1º, do art. 100: § 1º:

§ 1º - É obrigatória a inclusão, no orçamento das entidades de direito público, de verba necessária ao pagamento de seus débitos constantes de precatórios judiciais, apresentados até 1º de julho, data em que terão atualizados seus valores, fazendo-se o pagamento até o final do exercício seguinte.

Se hoje, que a inflação é baixa, ocorre perda na correção da moeda, imagina nos períodos em que a inflação era altíssima⁸. Assim, a Emenda 30/2000, com o intuito de preservar o pagamento do precatório, além de prever o crime de responsabilidade a ser imputado ao Presidente do Tribunal competente que, por ato comissivo ou omissivo, retardar ou tentar frustrar a liquidação regular de precatório, permitiu a correção na data do pagamento, ficando agora com a seguinte redação:

⁶ A Lei 11.232/05 fez algumas alterações no CPC em relação à matéria.

⁷ Art. 100: "à exceção dos créditos de natureza alimentícia, os pagamentos devidos pela Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim".

⁸ Em nossa obra **Manual de Direito Tributário para Concursos**. Rio de Janeiro: Campus, 2ª ed., revista, ampliada e atualizada. 2007, fazemos uma abordagem da carga tributária brasileira, que gira em torno de 40% em relação ao PIB *per capita*.

§ 1º: É obrigatória a inclusão, no orçamento das entidades de direito público, de verba necessária ao pagamento de seus débitos oriundos de sentenças transitadas em julgado, constantes de precatórios judiciais, apresentados até 1º de julho, fazendo-se o pagamento até o final do exercício seguinte, quando terão seus valores atualizados monetariamente.

§ 6º O Presidente do Tribunal competente que, por ato comissivo ou omissivo, retardar ou tentar frustrar a liquidação regular de precatório incorrerá em crime de responsabilidade.

Em relação aos créditos de pequeno valor, a Emenda 20/1998 introduziu o seguinte parágrafo ao texto constitucional:

§ 3 : O disposto no caput deste artigo, relativamente à expedição de precatórios, não se aplica aos pagamentos de obrigações definidas em lei como de pequeno valor que a Fazenda Federal, Estadual ou Municipal deva fazer em virtude de sentença judicial transitada em julgado. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

Assim como a referida Emenda 20/98, a Emenda 30/2000, por sua vez, também não definiu o que é pequeno valor, se limitando em acrescentar ao § 3º, do referido artigo, a Fazenda Distrital, ficando da seguinte forma:

§ 3º O disposto no caput deste artigo, relativamente à expedição de precatórios, não se aplica aos pagamentos de obrigações definidas em lei como de pequeno valor que a Fazenda Federal, Estadual, Distrital ou Municipal deva fazer em virtude de sentença judicial transitada em julgado. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 30, de 2000)

Somente com a Emenda 37/02, permitindo que a lei fixasse os valores distintos, para efeito do que seja pequeno valor, foi incluído o art. 87 ao ADCT, estabelecendo que enquanto não forem editadas as leis respectivas dos entes federativos, os limites são de 30 salários

para os Municípios, 40 salários para os Estados, mas, por outro lado, deixou a referida emenda de prever o valor relativo à União. Somente com a edição da Lei 10.259/01, em seu art. 17, § 1º, ficou definido o limite de 60 salários para a União. Contudo, se o valor da execução ultrapassar o estabelecido neste artigo, o pagamento far-se-á, sempre, por meio de precatório, sendo facultada à parte exequente a renúncia ao crédito do valor excedente, para que possa optar pelo pagamento do saldo sem o precatório, da forma prevista no § 3º do art. 100.

Art. 87. Para efeito do que dispõem o § 3º do art. 100 da Constituição Federal e o art. 78⁹ deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias serão considerados de pequeno valor, até que se dê a publicação oficial das respectivas leis definidoras pelos entes da Federação, observado o disposto no § 4º do art. 100 da Constituição Federal, os débitos ou obrigações consignados em precatório judiciário, que tenham valor igual ou inferior a:

I - quarenta salários-mínimos, perante a Fazenda dos Estados e do Distrito Federal;

II - trinta salários-mínimos, perante a Fazenda dos Municípios.

Outro crédito que se encontra na "exceção" do precatório é o crédito de natureza alimentar. A Emenda Constitucional nº 30/2000, para não deixar margem de dúvida, definiu quais créditos são considerados de natureza alimentar. Assim, o parágrafo 1º - A, do artigo

⁹ Art. 78 do ADCT. Ressalvados os créditos definidos em lei como de pequeno valor, os de natureza alimentícia, os de que trata o art. 33 deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e suas complementações e os que já tiverem os seus respectivos recursos liberados ou depositados em juízo, os precatórios pendentes na data de promulgação desta Emenda e os que decorram de ações iniciais ajuizadas até 31 de dezembro de 1999 serão liquidados pelo seu valor real, em moeda corrente, acrescido de juros legais, em prestações anuais, iguais e sucessivas, no prazo máximo de dez anos, permitida a cessão dos créditos. § 1º É permitida a decomposição de parcelas, a critério do credor. § 2º As prestações anuais a que se refere o caput deste artigo terão, se não liquidadas até o final do exercício a que se referem, poder liberatório do pagamento de tributos da entidade devedora. § 3º O prazo referido no caput deste artigo fica reduzido para dois anos, nos casos de precatórios judiciais originários de desapropriação de imóvel residencial do credor, desde que comprovadamente único à época da imissão na posse. § 4º O Presidente do Tribunal competente deverá, vencido o prazo ou em caso de omissão no orçamento, ou preterição ao direito de precedência, a requerimento do credor, requisitar ou determinar o seqüestro de recursos financeiros da entidade executada, suficientes à satisfação da prestação.

100, estabeleceu que os débitos de natureza alimentar compreendem aqueles decorrentes de salários, vencimentos, proventos, pensões e suas complementações, benefícios previdenciários e indenizações por morte ou invalidez, fundadas na responsabilidade civil, em virtude de sentença transitada em julgado. Nesse sentido, temos que esses créditos não se incluem na regra geral do precatório, independentemente do seu valor. Muito se questiona a respeito da natureza alimentar dos honorários advocatícios. Ocorre que os honorários advocatícios não se incluem na natureza alimentar, mas sim de natureza acessória do crédito principal e assim não podem ser pagos à exclusão do precatório.

Por outro lado, também estão fora da regra do precatório os créditos tidos como de pequeno valor, ou seja, até 60 salários-mínimos relativos à União, 40 salários-mínimos relativos aos Estados e 30 salários-mínimos relativos aos Municípios. Se o crédito não for de natureza alimentar ou for maior do que esses valores serão enquadrados na regra da expedição dos precatórios. Contudo, essa abordagem não é tão simplista assim. A doutrina diverge no sentido da exceção do crédito alimentar ser uma exceção ao próprio sistema dos precatórios, ou conforme a outra corrente, ser uma exceção apenas em relação à observância da ordem cronológica de apresentação dos precatórios. Entretanto, foi consolidado o entendimento pelos tribunais, no sentido de que, "todos"¹⁰ os créditos (originários de decisão judicial) devem ser pagos por meio de precatório, a exceção é apenas em relação à ordem cronológica de seu pagamento. Nesse sentido, a Súmula nº. 655 do STF diz que os pagamentos de precatórios de natureza alimentícia não estão liberados da observância do critério de expedição de precatórios, mas sim de sua ordem cronológica, devido a sua própria natureza jurídica, definidos pela própria Constituição Federal, de acordo com o § 1º- A do mesmo artigo 100. A súmula 144, do STJ diz que os créditos de natureza alimentícia gozam de preferência, desvinculados os precatórios da ordem cronológica dos créditos de natureza diversa.

¹⁰ A expressão todos não inclui os créditos de pequeno valor.

Corroboramos a tese acima esposada, tendo em vista que é muito mais justa, sobretudo, quanto ao respeito aos princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade e da moralidade. Daí ser crescente o posicionamento no sentido de que, a utilização do precatório só será ultimada quando a Fazenda se recusar ao pagamento voluntário. Em que pese o respeito à economicidade, compartilhamos com o entendimento de MORAES¹¹ quanto à utilização de uma ordem dupla de precatórios:

Assim, adota a regra da ordem dupla dos precatórios¹², que consiste na fiel observância cronológica das requisições judiciais de pagamentos de créditos de natureza alimentícia, que detém preferência, e de créditos de outras naturezas, de forma paralela, ou seja, haverá uma ordem cronológica de precatórios para os créditos alimentares e outra ordem cronológica de precatórios para os créditos não alimentares.

Verificamos então que, o crédito na Execução contra a Fazenda Pública encontra quatro classificações. Valemos-nos então, da lição de ASSIS¹³:

Há quatro classes de créditos na execução contra a Fazenda Pública: (a) créditos alimentares de pequeno valor; (b) créditos comuns de pequeno valor; (c) créditos alimentares de maior valor; (d) créditos comuns de maior valor, parcelados ou não.

RENÚNCIA DO VALOR EXCEDENTE E FRACIONAMENTO DE PRECATÓRIO

Questão importante é saber se, tratando-se de precatório, pode o particular renunciar o valor excedente para que seu crédito se encaixe no conceito de pequeno valor acima citado, e ele possa

¹¹ MORAES, Alexandre. Direito Constitucional. São Paulo: Atlas. 2007, 21ªed. p. 572.

¹² Ao nosso entender a súmula 655 do STF adotou a teoria da dupla ordem de precatórios.

¹³ Araken de Assis, ob. cit. p. 957.

receber de imediato à exceção da ordem cronológica de pagamento dos precatórios. Então, vejamos um exemplo em que o particular possui precatório de 32 salários-mínimos em relação a um determinado Município, poderia ele abrir mão dos 2 salários-mínimos para que seu pagamento saísse da regra do precatório? Poderia o Município pagar os 30 salários-mínimos a título de crédito de pequena monta e fugir da regra da ordem de pagamento de precatório? A resposta é afirmativa. O parágrafo único, do art. 87, do ADCT, incluído pela Emenda Constitucional nº. 37, de 2002 prevê que, se o valor da execução ultrapassar os conceitos estabelecidos como de pequeno valor, fica facultada à parte exeqüente a renúncia ao crédito do valor excedente, para que possa optar pelo pagamento do saldo sem o precatório, da forma prevista no § 3º, do art. 100.

Já em relação ao fracionamento, temos a aduzir que essa hipótese constitui uma burla ao sistema de precatórios. Por analogia, seria a mesma essência da hipótese de fracionamento de licitação prevista pela Lei 8.666/93. O parágrafo 4º, do art. 100, da CRFB, incluído pela Emenda 32/02, veda a expedição de precatório complementar ou suplementar de valor pago, bem como fracionamento, repartição ou quebra do valor da execução, a fim de que seu pagamento não se faça, em parte, na forma estabelecida no § 3º do referido artigo e, em parte, mediante expedição de precatório. Significa dizer que o exeqüente, possuindo um precatório contra um determinado Município no valor de 52 salários mínimos, poderia fracionar o pagamento em dois, um de 30 salários mínimos e outro de 22 salários mínimos, para que, analisando individualmente cada pagamento, tivéssemos dois pagamentos de pequeno valor que poderiam ser pagos de imediato, considerando que cada um, individualmente, não ultrapassa os 30 salários. A resposta é negativa. Isto constituiria uma afronta flagrante ao sistema constitucional, objetivando burlar a ordem cronológica de pagamento, preterindo os demais credores. O precatório a ser pago é o valor total, ou seja, 52 salários mínimos.

A AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO

Antes de adentrarmos as questões polêmicas em relação à ação de repetição de indébito e o uso do precatório, faremos uma breve

abordagem quanto às principais características da referida ação. A repetição de indébito, leia-se, pedido de restituição por pagamento de tributo indevido, pode ser administrativa ou judicial. A via administrativa, não nos interessa por hora, tendo em vista que nosso objetivo é analisar a utilização do precatório e, portanto, este só poderá ser originado pela via judicial. Assim, na esfera judicial, é uma ação condenatória utilizada quando o contribuinte constatar que foi cobrado indevidamente um tributo e pleiteia a restituição do valor pago. O direito brasileiro veda a bitributação e o *bis in idem*, assim, constatado e provado o pagamento indevido, será cabível o pedido de repetição de indébito por força do princípio do enriquecimento sem causa, previsto no art. 876 do novo Código Civil Brasileiro, que também deve ser aplicado, neste caso, à Fazenda Pública. A matéria relacionada ao pagamento indevido é regulada pelo artigo 16¹⁴ do CTN, também chamada de causa de pedir da repetição de indébito. Verifica-se na leitura dos incisos deste artigo que, no inciso I, estão as causas, e nos incisos II e III estão as explicações do inciso I. Contudo, temos que, na primeira parte do inciso I, está o chamado erro de direito, e na segunda parte do mesmo inciso está o erro de fato.

O Direito de pleitear a repetição está regulado pelo art. 168¹⁵, do CTN. Não devemos esquecer que a Lei Complementar nº 118/2005¹⁶ dispôs sobre a interpretação do inciso primeiro desse artigo, da seguinte forma:

¹⁴ Art. 165. *O sujeito passivo tem direito, independentemente de prévio protesto, à restituição total ou parcial do tributo, seja qual for a modalidade do seu pagamento, ressalvado o disposto no § 4º do artigo 162, nos seguintes casos: I - cobrança ou pagamento espontâneo de tributo indevido ou maior que o devido em face da legislação tributária aplicável, ou da natureza ou circunstâncias materiais do fato gerador efetivamente ocorrido; II - erro na edificação do sujeito passivo, na determinação da alíquota aplicável, no cálculo do montante do débito ou na elaboração ou conferência de qualquer documento relativo ao pagamento; III - reforma, anulação, revogação ou rescisão de decisão condenatória.*

¹⁵ Art. 168. *O direito de pleitear a restituição extingue-se com o decurso do prazo de 5 (cinco) anos, contados: I - nas hipóteses dos incisos I e II do artigo 165, da data da extinção do crédito tributário; II - na hipótese do inciso III do artigo 165, da data em que se tornar definitiva a decisão administrativa ou passar em julgado a decisão judicial que tenha reformado, anulado, revogado ou rescindido a decisão condenatória.*

¹⁶ **TRIBUTÁRIO - REPETIÇÃO DE INDÉBITO - TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO - PRESCRIÇÃO - ORIENTAÇÃO FIRMADA PELA 1ª TURMA DO STJ, NA APRECIÇÃO DO RESP 435.835/SC - LC nº 118/2005: NATUREZA MODIFICATIVA (E NÃO SIMPLEMENTE INTERPRETATIVA) DO SEU ARTIGO 3º - INCONSTITUCIONALIDADE DO SEU ART. 4º, NA PARTE QUE DETERMINA A APLICAÇÃO RETROATIVA - ENTENDIMENTO CONSIGNADO NO VOTO DO ERESP 327.043/DF - 1 - A 1ª Seção do STJ, no julgamento do ERESP 435.835/SC, Rel. p/o acórdão Min. José Delgado, sessão de 24.03.2004, consagrou o entendimento segundo o qual o prazo prescricional para pleitear a restituição de tributos sujeitos a lançamento por homologação é de cinco**

Art. 3º: Para efeito de interpretação¹⁷ do inciso I do art. 168 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional, a extinção do crédito tributário ocorre, no caso de tributo sujeito a lançamento por homologação, no momento do pagamento antecipado de que trata o § 1º do art. 150 da referida Lei. Art. 3º da LC no 118/2005.

Por outro lado, o CTN, em seu art. 166, trouxe ainda algumas considerações especiais em relação à repetição de indébito, travando a discussão quanto à legitimidade ativa para a propositura da ação. Isto porque, o referido artigo do CTN prevê que a restituição de tributos que comportem, por sua natureza, transferência do respectivo encargo financeiro, somente será feita a quem prove haver assumido o referido encargo, ou, no caso de tê-lo transferido a terceiro, estar por este expressamente autorizado a recebê-la. O art. 121, do CTN traz a definição de contribuinte e responsável. Assim, verifica-se que o art. 166 demonstra a repercussão tributária em função da existência dos tributos diretos e indiretos, surgindo a figura do contribuinte de fato e contribuinte de direito. Essa classificação provocou discussão na doutrina e também na jurisprudência, levando a edição da Súmula nº 546 do STF (cancelando a Súmula nº 71), que acabou sendo incorporada no referido art. 166, do CTN.

*anos, contados da data da homologação do lançamento, que, se for tácita, ocorre após cinco anos da realização do fato gerador - sendo irrelevante, para fins de cômputo do prazo prescricional, a causa do indébito. Adota-se o entendimento firmado pela Seção, com ressalva do ponto de vista pessoal, no sentido da subordinação do termo a quo do prazo ao universal princípio da actio nata (voto-vista proferido nos autos do RESP 423.994/SC, 1ª Seção, Min. Peçanha Martins, sessão de 08.10.2003). 2 - O art. 3º da LC nº 118/05, a pretexto de interpretar os arts. 150, § 1º, e 160, I, do CTN, conferiu-lhes, na verdade, um sentido e um alcance diferente daquele dado pelo Judiciário. Ainda que defensável a "interpretação" dada, não há como negar que a Lei inovou no plano normativo, pois retirou das disposições interpretadas um dos seus sentidos possíveis, justamente aquele tido como correto pelo STJ, o intérprete e guardião da legislação federal. Portanto, o art. 3º da LC nº 118/05 só pode ter eficácia prospectiva, incidindo apenas sobre situações que venham a ocorrer a partir da sua vigência. 3 - O art. 4º, segunda parte da LC nº 118/05, que determina a aplicação retroativa do seu artigo 3º, para alcançar inclusive fatos passados, ofende o princípio constitucional da autonomia e independência dos poderes (CF, art. 2º) e da garantia do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada (CF, art. 5º, XXXVI). Ressalva no particular, do ponto de vista pessoal do relator, no sentido de que cumpre ao órgão fracionário do STJ suscitar o incidente de inconstitucionalidade perante a Corte Especial, nos termos do art. 97 da CF. 4 - Recurso Especial a que se dá provimento (STJ - Resp 735803 - SP - 1ª T - Rel. Min. Teori Albino Zavascki - DJU 16.05.2005). Extraído de **Revista de Interesse Público**, V. 31, NOTADEZ, 2005, P. 212*

¹⁷ O EREsp; 327043/STJ - fala sobre o art. 4º que essa lei não é interpretativa e sim lei nova. Portanto nas ações em curso até 09/06/2005, utiliza-se o prazo de 10 anos (5 mais 5) e após essa data, 5 anos.

Súmula nº 546: cabe a restituição do tributo pago indevidamente, quando reconhecido por decisão, que o contribuinte "de jure" não recuperou do contribuinte "de facto" o "quantum" respectivo.

Tal interpretação acarreta exatamente a discussão quanto a quem tem legitimidade ativa *ad causam* para a propositura da ação de repetição de indébito. Segundo a teoria de Liebman, a legitimidade diz respeito à pertinência subjetiva, onde haverá perfeita adequação entre os titulares do direito material, que deverão ser os mesmos que figuram na relação jurídica processual. Nesse sentido, trazemos à colação a lição de SILVA¹⁸:

O contribuinte de fato, quando não se confunde com a pessoa do contribuinte de direito (caso dos tributos indiretos) não tem legitimidade para propor a ação de repetição de indébito, eis que não atende a condição prevista no art. 165 do CTN, ou seja, não é sujeito passivo da relação jurídica tributária que se estabelece com a Pessoa Jurídica de Direito Público, detentora da competência tributária para cobrar o tributo (sujeito ativo) e nem jamais poderá ser por ela demandado, no caso de não-pagamento pelo contribuinte de direito.

Entendemos que, a posição mais acertada seria no sentido de que o legitimado seria o contribuinte de direito ou substituto tributário, na forma do art. 165 e 166, ambos do CTN c/c art. 331 do CPC. Contudo, para TORRES¹⁹, é quem suportou o encargo financeiro do tributo, tenha ou não ocorrido à substituição legal da responsabilidade:

Quando se tratar de tributos diretos, o sujeito ativo da repetitória é aquele que recolheu o tributo aos cofres públicos. Nos im-

¹⁸ SILVA, Cláudia Freze da. "Ação de Repetição de Indébito". *Curso de Direito Tributário Brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin. V. 3. p. 319.

¹⁹ TORRES, Ricardo Lobo. Ob. cit. p. 262.

postos indiretos, em que repercute o ônus da imposição, distinguindo-se as figuras do contribuinte de jure (aquele que providencia o recolhimento) e do contribuinte de fato (o que suporta a carga fiscal), legitimado ativamente é o contribuinte de fato.

Apesar da tese esposada ser aquela que expressa uma forma mais justa para o sujeito passivo, dentro da relação tributária, não é a que predomina no direito brasileiro.

O USO DO PRECATÓRIO EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA

Após essa breve abordagem, verificamos que, quanto à matéria tributária, o uso do precatório tem íntima relação com as decisões judiciais proferidas em sede de Ação de Repetição de Indébito Tributário. Isto porque, é uma ação de natureza condenatória, cuja legitimidade é atribuída ao sujeito passivo da relação jurídica tributária e a procedência desta ação gerará uma decisão judicial contrária à Fazenda Pública, que, por sua vez, determinará a utilização dos precatórios, já abordados acima. Nesse sentido, temos que o uso do precatório, via de regra, será aplicado na ação de repetição de indébito tributária. Utilizamos a expressão "via de regra", exatamente porque, tendo a referida sentença natureza condenatória será executada na forma do art. 730 do CPC, com expedição de precatório, conforme estabelece o art. 100 da CF/88, ressaltando os créditos de pequena monta, ou seja, 60 salários para a União, 40 salários para os Estados e 30 salários para os Municípios. Mas, por outro lado, tem-se usado muito em matéria tributária o instituto da compensação como pedido requerido dentro da ação de repetição de indébito. É claro que o direito de repetição não se confunde com o direito de compensação, no entanto, este último é um dos meios mais céleres para extinguir o crédito, sem enfrentar a via do precatório. Ocorre que, para que haja a compensação, é necessária a existência de lei autorizativa, permitindo a compensação, como, por exemplo, o art. 66 da Lei nº 8.383/91 e o art. 74 da Lei nº 9.430/96, que admitem a compensação de créditos tributários, mas somente de aplicação na esfera federal e, mesmo assim, em situações especiais. Neste caso, admitir-se-á a compensação, mas este diploma legal não alcança

os Estados e os Municípios, exigindo lei própria de cada ente federativo para autorizar a referida compensação.

Através dos nossos comentários, dá para perceber que não abordamos com profundidade, no que tange à ação de repetição de indébito tributário, a exceção do crédito de natureza alimentar. Isto porque, sendo o objeto a devolução de tributos, a natureza jurídica de constituição deste precatório não poderia ser considerada de natureza alimentar, por não se enquadrar nas hipóteses elencadas no art. 100, da CRFB, que define taxativamente o seu conteúdo. Nesse contexto, há que se ressaltar que a natureza dos valores a serem devolvidos em sede de ação de repetição de indébito tributária suscita discussão na doutrina quanto à natureza jurídica dessa devolução. Embora pareça óbvia a resposta, não é tão simples quanto parece. Alguns autores entendem que a devolução do tributo pago indevidamente é de natureza tributária²⁰, porque foi o tributo pago indevidamente que gerou a repetição. Contudo, entendemos que a natureza é indenizatória²¹. Isto porque, o tributo é uma obrigação *ex lege*, e por sua vez uma prestação pecuniária compulsória. Assim, diferente do direito privado, onde prevalece a autonomia da vontade, no direito tributário prevalece a compulsoriedade da cobrança do crédito. O contribuinte paga o tributo porque a lei manda e não porque ele quer, até porque, se não pagar, sofrerá uma cobrança coercitiva por parte da Fazenda, ensejando inclusive o ajuizamento de uma execução fiscal. Logo, se o pagamento foi indevido, é porque em algum momento houve infração da legislação tributária, ou então, na análise da ocorrência do fato gerador, não houve uma perfeita tipicidade tributária. Daí, como o tributo não pode advir de ato ilícito, tributo não era, logo, a natureza da devolução é a título de indenização e não de restituição do próprio tributo pago, ainda que sob a alegação de que seja indevida. Não há como se perquirir nes-

²⁰ Nesse sentido Hugo de Brito Machado: "O pagamento feito a título de tributo, ainda que seja indevido não perde a natureza tributária, posto que somente em face da lei tributária é que se pode afirmar ser o mesmo indevido".

²¹ Nesse sentido Luciano Amaro: "na restituição (ou repetição), não se cuida de tributo, mas de valores recolhidos, (indevidamente) a esse título. Alguém (o *solvens*), falsamente posicionando como sujeito passivo, paga um valor (sob o rótulo de tributo) a outro (o *accipiens*), falsamente rotulado como sujeito ativo. Se inexistia obrigação tributária, de igual modo, não havia sujeito ativo, nem sujeito passivo, nem tributo devido."

se caso, uma natureza tributária, em que o contribuinte é o credor tributário, mas sim um credor cuja natureza do crédito é indenizatória. Isto porque, se inexistente obrigação tributária, de igual modo não há sujeito ativo, nem sujeito passivo.

Por fim, em última análise, considerando que a sentença de procedência da ação de repetição de indébito culmina com um conteúdo condenatório, dúvida surge em relação à aplicação dos juros de mora e da correção monetária, que na esfera federal está sintetizada na aplicação da taxa SELIC²², que inclui ambos. Em suma, na repetição de indébito o fisco deverá devolver tudo que recebeu indevidamente, com juros e correção monetária. A Súmula nº 162, do STJ, fixa o entendimento de que o valor da devolução deve ser corrigido desde o momento do pagamento. Quanto à correção monetária, o CTN não tratou do tema, portanto, deve ser usada a equidade para se aplicar à unidade de referência de cada ente político, ou seja, a SELIC para a União e uma unidade de referência conforme a lei dispuser, a ser definida pelos Estados e Municípios. A Súmula nº 188, do STJ, fixa o entendimento de que os juros moratórios, na repetição de indébito tributário, são devidos a partir do trânsito em julgado da sentença. Em síntese temos: correção monetária - da data do pagamento; e juros de mora - da sentença com trânsito em julgado.

Entendemos que, na restituição de tributos, deve ser observado e aplicado o mesmo índice usado na cobrança do tributo, em função do princípio da isonomia. Vale dizer que, a Taxa SELIC é instituída por uma Circular do Banco Central, e o art. 39, § 4º, da Lei nº 9.250/95, que trata da cobrança e restituição de tributos na esfera federal, veda a aplicação da taxa SELIC e fixação de juros, cumulativamente, visto que a mesma já contém os dois elementos, ou seja, a correção e os juros. Entendemos que em relação à matéria abordada só são admissíveis os juros de mora, não cabendo os juros compensatórios²³.

²² Taxa SELIC é a taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia para títulos federais instituída por Circular do Banco Central do Brasil n. 466/79. Ver Lei nº 9.250/95 e artigo 13 da Lei 9.065/95, que estabeleceu o uso da Taxa SELIC para tributos federais.

²³ Nesse sentido: STJ, 1º T, unânime, Resp 414.501/PR, Rel. Min. Jose Delgado, ago/2002 e STJ, 1º T, unânime, AGRegAl 454.503/PR, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, jun/03.

CONCLUSÃO

Por fim, cabe concluir que o instituto do precatório é um instrumento de controle de legalidade objetiva, que permite ao Judiciário e aos credores das Fazendas Públicas tutelarem e fiscalizarem a satisfação dos créditos originários de decisão judicial com trânsito em julgado. Em matéria tributária, as decisões condenatórias que ensejam a constituição de um crédito por parte do contribuinte se dão em função da decisão de procedência da referida ação. Por outro lado, existe um mecanismo mais célere, que ao invés de se pedir a restituição do tributo pago indevidamente através de precatório, usa a compensação como pedido de própria ação de repetição de indébito. Mas, para evitar a burla desse mecanismo, a compensação, na forma do art. 170²⁴, do CTN, tem que estar prevista em lei autorizativa para tanto. Recentemente o STJ, através do **Informativo 322**²⁵ se posicionou quanto à aplicação da Lei complementar 118/05 em relação à antiga tese do "cinco mais cinco". Por fim, ao nosso sentir, existem algumas barreiras a serem enfrentadas, como a questão orçamentária, sempre questionada pelo Poder Executivo para satisfazer o crédito, que procrastina ao máximo o respectivo pagamento, fazendo com que aquele que tutele qualquer interesse junto à Fazenda atravesse uma verdadeira *via crucis*. ☐

²⁴ Art. 170. *A lei pode, nas condições e sob as garantias que estipular, ou cuja estipulação em cada caso atribuir à autoridade administrativa, autorizar a compensação de créditos tributários com créditos líquidos e certos, vencidos ou vincendos, do sujeito passivo contra a Fazenda Pública.*

²⁵ **PRESCRIÇÃO. PRAZO. CINCO ANOS. REPETIÇÃO. INDÉBITO.** O STF, julgando acórdão deste Superior Tribunal sobre a questão do art. 4º, segunda parte, da LC n. 118/2006, que determina a aplicação imediata do critério de prescrição na repetição de indébito tributário, entendeu que um acórdão, indiretamente, acabou afastando a aplicação da norma sem declarar a sua inconstitucionalidade. Determinou, portanto, dar provimento ao recurso extraordinário para reformar o acórdão recorrido e determinar a remessa dos autos ao STJ a fim de que se proceda a novo julgamento da questão no respectivo órgão especial, nos termos do art. 97 da CF/1988. Assim, o Min. Relator propôs, em questão de ordem, a instauração do incidente perante a Corte Especial. Esclareceu o Min. Relator que, com o advento da mencionada lei complementar, o prazo é de cinco anos do pagamento, e não de dez anos do fato gerador. Isso posto, a Corte Especial acolheu a arguição de inconstitucionalidade da expressão "observado quanto ao art. 3º o disposto no art. 116, I, da Lei n. 5.172/1966 do Código Tributário Nacional", constante do art. 4º, segunda parte, da LC n. 118/2006. O Min. Ari Pargendler observou que seria interessante, para prevenir eventuais divergências dentro da Primeira Seção, esclarecer a partir de quando se aplicaria, então, a nova interpretação ditada pela lei complementar. O Min. Relator esclareceu que, "estabelecendo a lei nova um prazo mais curto de prescrição que é o caso, bem ou mal dizia-se que eram dez anos e, agora, a lei dispõe que são cinco - essa prescrição começará a correr da data da lei nova, salvo se a prescrição iniciada na vigência da lei antiga viesse a se completar em menos tempo". O Min. Carlos Alberto Menezes Direito fez ressalva quanto ao exame futuro da aplicação do prazo de prescrição, considerando a interpretação que venha a ser dada ao art. 2.028 do CC/2002. REsp 437.379-MG, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, julgados em 6/6/2007.

Apontamentos sobre o Princípio da Confiança Legítima no Direito Brasileiro

Raphael Manhães Martins
Advogado no Rio de Janeiro

1. O PRINCÍPIO DA CONFIANÇA LEGÍTIMA

O estudo do Direito das Obrigações tem passado por enorme transformação, principalmente a partir da primeira metade do século XX. Da compreensão da relação obrigacional como uma mera oposição simétrica entre crédito e débito, passou-se, de um salto, para uma compreensão desta como uma realidade complexa, onde, no seu interior, coexistem vários elementos jurídicos, dotados de enorme autonomia.

E não bastasse a complexificação da relação obrigacional, essa passou a ser vista não mais como uma relação estática, mas como um processo dinâmico, dirigido, teleologicamente, para a satisfação dos interesses legítimos envolvidos nesta relação. E neste desenvolvimento, compreendeu-se que, sem perder sua estrutura (*Gefüge*) global, esta se processa numa sucessão de fases, quais sejam, a fase do nascimento/desenvolvimento da obrigação e a fase do adimplemento, momento que polariza a relação obrigacional.

Neste movimento de intensa transformação, ganhou destaque a análise dos princípios que modelam e modulam tal desenvolvimento. Longe de meras orientações ou preceitos sem força vinculante, os princípios, na perspectiva contemporânea da relação

obrigacional, tem assumido relevante papel, servindo não apenas como cânon hermenêutico para a análise da conduta das partes, num dado momento, mas mesmo como fonte de direitos e obrigações.

Neste sentido, ao lado dos já reconhecidos princípios da boa-fé e da função social, tem especial relevância um outro princípio, ligado à proteção da segurança jurídica naquela relação obrigacional, qual seja, o princípio da confiança legítima.

Apesar de ainda ser objeto de enorme controvérsia, tanto pela falta de uma clara definição sobre seus contornos, quanto pelas dificuldades de fundamentar um instituto (principalmente, pelas suas proximidades com o princípio da boa-fé, pedra de toque deste movimento de transformação do direito obrigacional), trata-se um elemento cada vez mais importante e necessário à consecução dos escopos da relação obrigacional.

Diante dos problemas que permeiam a aplicação do princípio, no direito brasileiro, este artigo busca discutir a fundamentação e os contornos da confiança legítima.

2. DA NECESSIDADE DE UMA EFETIVA PROTEÇÃO DA PROTEÇÃO DA CONFIANÇA LEGÍTIMA

Embora o princípio da confiança legítima tenha ganhado enorme destaque na doutrina e na jurisprudência, tem-se a percepção de que sua utilização possui mais a função de uma figura retórica do que de um princípio de Direito, propriamente.

Portanto, diante desta deficiência no desenvolvimento e utilização do princípio da confiança legítima, é necessário tecer algumas considerações sobre seus contornos e o porquê da sua proteção em nosso ordenamento jurídico.

Embora a confiança tenha diversos matizes e graduações, a idéia básica é de que os sujeitos aderem a relações jurídicas específicas, em virtude de representações manifestadas por terceiros, independente de uma maior ponderação sobre todas as conseqüências causais desta adesão. Tal fato pode ocorrer seja pela confiança depositada no sujeito que participa da relação, seja pela aparência externa desta relação jurídica.

Importante notar, entretanto, que esta confiança não é uma inconseqüência ou mesmo uma ingenuidade. O confiar nada mais é do que uma necessidade de nossa sociedade, eis que o ser humano precisa eliminar algumas das possibilidades que lhe são diuturnamente oferecidas, para reduzir a complexidade social e permitir uma intervenção mais eficaz nas suas redes de relações. Afinal, como Niklas Luhman, provocativamente, colocava, sem confiar, o homem nem sairia da cama, ao acordar.

Mas se é verdade que este processo de atuação movido pela confiança - i.e. "irrefletida" ou "indiferente" - permite e propicia o desenvolvimento de certas atividades, bem como a tomada de decisões de forma mais eficiente, devemos reconhecer também a conseqüência desastrosa que ele cria para as relações intersubjetivas.

Ao confiar, o sujeito não leva em consideração todos os resultados que podem ocorrer em virtude de uma violação desta. É este o caso da mãe, que confia o filho a uma babá, ou do motorista que confia que os demais carros obedecerão às regras de trânsito. São mais do que conhecidas as conseqüências desastrosas de uma violação desta confiança.

Fica claro, portanto, que a proteção desta confiança não é apenas uma questão meramente ética ou moral, consubstanciando-se em uma necessidade do próprio modelo jurídico.

Isto é mais relevante ainda, eis que a proteção da confiança legítima assume um duplo papel no ordenamento: i) ela atua como uma proteção das legítimas expectativas; e ii) ao mesmo tempo, funciona como justificativa da vinculabilidade das partes à relação jurídica.

Em sua primeira função, que poderíamos chamar de sua dimensão negativa, ela busca proteger as expectativas legítimas criadas pela conduta de terceiros. Nesta dimensão, a confiança permite aos indivíduos prosseguirem com a consecução de suas atividades, protegidos de uma eventual conduta leviana, ou melhor, contraditória, de terceiros, em quem se confiaram.

Em sua perspectiva positiva, entretanto, a proteção da confiança pelo ordenamento funciona como verdadeira justificação da vinculabilidade de terceiros aos negócios jurídicos de que participam. Afinal, se aceitamos que a relação obrigacional surge não do

contrato, mas do próprio contato social entre as partes, sendo que a partir deste ponto a relação se desenvolve, teleologicamente, rumo à satisfação dos interesses legítimos das partes envolvidas, é evidente que a confiança entre estas partes assume um importante papel na vinculabilidade destas à referida relação. E desta vinculabilidade pela confiança exsurtem os deveres de não criar ou sustentar indevidamente as expectativas das outras partes, bem como prevenir a formação de representações falsas, temerárias ou infundadas.

Em suma, não é absurdo ou meramente retórico afirmar que, sem uma adequada proteção da confiança legítima, o sistema jurídico sequer está cumprindo seu papel. Afinal, o homem que confia necessariamente coloca-se em uma posição mais frágil e vulnerável, dentro de uma relação jurídica. Para compensar esta vulnerabilidade, cabe ao ordenamento jurídico garantir um mínimo de segurança para o desenvolvimento das atividades do indivíduo.

E, neste ponto, é importante perceber que, com a adequada proteção da confiança legítima, o ordenamento não apenas garante a segurança e a confiabilidade nas relações sociais, mas também, de maneira reflexa, acaba por fortalecer a própria "confiança" no ordenamento jurídico.

É necessário, assim, proteger a confiança depositada, como uma maneira de fortalecer o papel da auto-responsabilização dos sujeitos na relação jurídica e fortalecer a segurança jurídica, tanto nestas relações como no ordenamento.

3. ANÁLISE DO PRINCÍPIO DA CONFIANÇA LEGÍTIMA NO ORDENAMENTO BRASILEIRO.

Para uma adequada compreensão sobre quais os fundamentos do princípio da confiança legítima no ordenamento brasileiro, é importante analisar o que seriam os "princípios implícitos do ordenamento jurídico".

Dentro de um sistema jurídico, existem determinados princípios que independem de disposição legislativa específica, eis que sua presença independe da manifestação do legislador. Isto porque tais princípios, longe de serem questão de mera conveniência e oportunidade para o legislador ordinário, representam o próprio fundamento do sistema ao qual suas normas aderem.

Este é o caso, no Direito brasileiro, por exemplo, do princípio da segurança jurídica que, mesmo não tendo qualquer previsão legislativa sobre sua existência ou conteúdo, é tão ínsito ao nosso sistema jurídico, que ignorá-lo seria o mesmo que ignorar o ordenamento como um todo. Também, como o prof. Maurício Jorge Pereira da Mota chamou a atenção, seria o caso do princípio do *favor debitoris*, cuja existência, refletida nos inúmeros dispositivos que assegurariam o benefício ao devedor, é ínsita ao nosso ordenamento privado.

Afinal, estes princípios, enquanto concretizações da idéia de Justiça material, funcionam como a base do próprio ordenamento jurídico - ao lado, é claro, de princípios explícitos, que possuam a mesma relação com a idéia de Justiça material.

Assim, embora estes princípios estejam além da norma formal e de uma intenção explícita do legislador, eles encontram respaldo e extraem sua força cogente de uma natureza substancialmente superior, isto é, da própria idéia de Direito. Seu reconhecimento, portanto, nada mais é do que privilegiar a *ratio juris*, em detrimento de um lapso na *ratio legis*.

E o princípio da confiança legítima é um destes princípios implícitos em nosso ordenamento jurídico. Mesmo sem disposição legislativa expressa consagrando-o, sua existência permeia todo o ordenamento jurídico, e isto é refletido em inúmeras disposições consagradas no plano legislativo.

São manifestações deste princípio, por exemplo, as inúmeras situações onde a confiança é expressamente protegida, no Código de Defesa do Consumidor, a proteção dada à Teoria da Aparência, a proteção geral contra o comportamento contraditório, e a proteção dada à confiança na esfera da relação entre o particular e a Administração Pública, como já consagrado pelo STJ (vide *infra*).

Tratam-se todas de manifestações que evidenciam a presença deste princípio.

3.1. Segurança Jurídica, Boa-Fé e o Princípio da Confiança Legítima

Um dos pontos de grande celeuma na doutrina tem sido identificar como o princípio da confiança legítima se relaciona com os

demais princípios jurídicos, ou melhor, como ele se insere, dentro de uma suposta escala de princípios e subprincípios.

Para compreender o tamanho desta confusão, chamamos a atenção para o fato de que, nos poucos trabalhos tratando do assunto, sem muito esforço encontramos opiniões que vão desde que a confiança seria uma decorrência do princípio da boa-fé, quanto a opiniões de que o princípio da boa-fé é que seria uma decorrência do princípio da confiança, e mesmo a opinião, aqui defendida, de que boa-fé e confiança são princípios da mesma hierarquia.

Primeiramente, entretanto, destaque-se que esta discussão não tem impactos meramente no plano acadêmico. Ao contrário, através das discussões em torno da relação entre os princípios da boa-fé, confiança legítima e segurança jurídica, pode-se compreender de que forma cada um dos referidos princípios atua no ordenamento e reflete-se nas relações e situações jurídicas.

Como não poderia deixar de ocorrer, a referência obrigatória ao tratar da boa-fé (e da relação deste com a confiança) é o Direito alemão. Neste sistema, é mais do que conhecida a ligação entre confiança e boa-fé, principalmente sendo esta quase sempre definida como a proteção daquela. Neste sentido, Karl Larenz já definia: "O fundamento da boa-fé (*Treu und Glauben*) extrai o sentido do seu termo do fato de que cada um deve cumprir a própria palavra dada, que a confiança (*Vertrauen*), que compõe o fundamento vital de toda a relação humana, não pode ser frustrada ou mal utilizada, e que cada um deve agir da forma como os demais podem legitimamente esperar"¹.

No direito brasileiro, e indo mais adiante que a posição alemã, em recente estudo, Anderson Schreiber fundamenta o princípio da confiança como "conteúdo da boa-fé objetiva e forte expressão da solidariedade social"², justificando daí o assento constitucional do princípio da confiança.

¹ *Lehrbuch des Schuldrechts: allgemeiner Teil*. 1. Band. München: Beck, 1982. p. 116. Alejandro Borda, vai no mesmo sentido: "Una construcción derivada del principio general de la buena fe es la teoría de los propios actos, que se enmarca dentro de los límites que la buena fe impone, y que refuerza la seguridad negocial; por lo demás la contradicción con una conducta anterior constituyes - en gran número de casos - una infracción al principio general de la buena fe." (*Op. cit.* p. 62. Em igual sentido à MESA, Marcelo J. López; VIDE, Calos Rogel. *Op. cit.* p. 92)

² *Op. cit.* p. 90. Esta posição também é defendida por Luiz Edson Fachin (*Op. cit.* p. 117).

Em seu relevante estudo comparado sobre o tema, Sylvia Calmes adota posição mais temperada, ao asseverar que: "*L'exigence de bonne foi est invoquée, en Suisse souvent, en Allemagne parfois, comme étant la source directe du principe de protection de la confiance [...]il nous semble qu'en fin de compte c'est la protection de la confiance légitime qui induit la prise en compte de la bonne foi - de la personne privée -, au sein du mécanisme technique auquel elle renvoie invariablement, et donc qui l'englobe dans ses éléments constitutifs*"³.

Entendemos, entretanto, que boa-fé e confiança são "grandezas que não se tocam" mas se complementam, ou melhor, são princípios que coexistem de forma independente um do outro, e não em decorrência do outro.

O princípio da boa-fé, na sua vertente objetiva, representa um padrão de conduta imposto a todas as partes de uma relação jurídica. Este padrão, do ponto de vista funcional, aproxima o conteúdo da relação de uma verdadeira relação de cooperação, pela qual, respeitando-se os interesses legítimos do outro, há a imposição de deveres às partes ou mesmo limitações aos direitos destas. Isto com o objetivo de concretizar os fins da relação obrigacional como um todo, quais sejam, a satisfação dos interesses envolvidos.

Nesta perspectiva, que até o momento não sofreu séria contestação, há uma separação ontológico-funcional entre os princípios da boa-fé e da confiança legítima.

Afinal, a confiança não se identifica com o dever de cooperação imposto às partes, mas, antes, liga-se, conforme asseverou Judith Martins-Costa, à "*geração de expectativas* legítimas, cuja manutenção pode constituir um dever jurídico (dever jurídico de manter a confiança suscitada), e cuja frustração pode ocasionar responsabilidade por danos (responsabilidade pela confiança)."⁴

³ CALMES, Sylvia. *Du principe de protection de la confiance légitime en droits allemand, communautaire et français*. Paris: Dalloz, 2001, p. 227.

⁴ Princípio da confiança legítima e princípio da boa-fé objetiva. Termo de Compromisso de Cessação (TCC) ajustado com o CADE. Critérios da interpretação contratual: os "sistemas de referência extracontratuais" ("circunstâncias do caso") e sua função no quadro semântico da conduta devida. Princípio da unidade ou coerência hermenêutica e "usos do tráfego". Adimplemento Contratual, *in Revista dos Tribunais*. São Paulo, n. 852, p. 98, out. 2006. Grifos no original.

Trata-se de uma diferenciação sutil, é verdade. Mormente porque, na relação jurídica concreta, os dois princípios costumam incidir de forma complementar.

E mais, a distinção entre violação da confiança e violação da boa-fé objetiva não é, nem poderia ser, uma divisão absoluta, onde as hipóteses de violação de um dos princípios não atingem o outro. Tal fato seria incogitável, tendo em vista a ausência de limites horizontais *a priori* para a aplicação destes princípios.

Vemos isto, por exemplo, nas exigências de probidade, lisura e correção de condutas impostas pela boa-fé às partes de uma relação jurídica, nas quais também se insere a exigência de não criar ou sustentar indevidamente a confiança de outrem, evitando que a outra parte crie representações falsas ou temerárias. Isto principalmente quando, na relação, existe uma disparidade de forças.

Mas, mesmo assim, embora a proximidade de ambas possa, à primeira vista, induzir ao erro, esta diferenciação é fundamental para compreender as inúmeras relações onde existe apenas um dos dois princípios, sem com isto implicar uma menor proteção à relação ou à situação jurídica criada. É isto que ocorre, por exemplo, com o contratado que, embora não tenha a menor confiança do contratante, ainda assim tem que agir conforme as regras da boa-fé para com aquele.

Por outro lado, em casos nos quais a confiança se funda na aparência de legitimidade jurídica de outra pessoa, não tem qualquer relevância a invocação e a aplicação do princípio da boa-fé.

Nestes exemplos, fica claro que são princípios que coexistem, sem uma relação de hierarquia.

Uma vez desfeitos os mistérios sobre a relação entre boa-fé e confiança legítima, surge como quase natural uma outra, entre os princípios da confiança legítima e da segurança jurídica. Neste caso, entretanto, a relação meio-fim, tão ínsito da relação entre princípios e sub-princípios, aparece de forma mais forte e evidente.

O princípio da segurança jurídica, presente em nosso ordenamento, é a proteção da imobilidade, ou melhor, da estabilidade das relações jurídicas, contra todas aquelas tentativas de inová-la por meios que vão contra o que poderíamos denominar as "regras do jogo". Nesta perspectiva, e dentro do âmbito do direito privado, a

segurança jurídica implica na proteção da confiança legítima que a pessoa deposita em determinada relação jurídica, de forma que mudanças de comportamento não possam mudar as expectativas geradas, por quem quer que seja.

A confiança legítima, portanto, assume a função de uma das projeções da segurança jurídica nas relações jurídicas. Este entendimento foi referendado, em recente decisão proferida pelo Pleno do STF, no mandado de segurança nº 24.268, em acórdão relatado pelo Ministro Gilmar Mendes, no âmbito do direito público. Nele entendeu-se o "princípio da confiança como elemento do princípio da segurança jurídica. Presença de um componente de ética jurídica". (STF, MS 24.268-MG, Rel. Min. Ellen Gracie, Rel. Acórdão, Min. Gilmar Mendes, j. 05.02.2004. Tribunal Pleno, DJ 17.09.2004).

4. CRITÉRIOS PARA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CONFIANÇA LEGÍTIMA, UMA PROPOSTA

Uma outra grande dificuldade em trabalhar com o princípio da confiança refere-se à dificuldade em estabelecer os contornos do princípio. Isto porque, dada sua maleabilidade e seus múltiplos graus de aplicação, é difícil encontrar qual o tipo de vinculação que merece proteção do ordenamento jurídico.

Tal fato decorre, principalmente, de a confiança ser um estado subjetivo, de difícil perquirição, e que pode manifestar-se de uma miríade de formas. Por outro lado, uma proteção jurídica demanda - ou, pelo menos, recomenda - a existência de determinados elementos bastante objetivos, que permitam aferir não só a existência da confiança como a responsabilidade pela sua quebra, e isto sem se perder numa multiplicidade de situações e manifestações.

Diante desta dificuldade inicial, cada doutrinador parece ter seu critério para tentar "objetivar" a confiança - problema que, diga-se, não é exclusivo deste princípio. Tendo em vista esta confusão doutrinária, preferem-se os critérios apontados por José de Oliveira Ascensão, que tem encontrado algum consenso na doutrina e na jurisprudência lusitanas, fonte mais direta para o estudo deste princípio no Direito brasileiro.

Segundo o indigitado jurista, para que a confiança violada mereça proteção do ordenamento jurídico, é necessária a presença

de quatro elementos concomitantes, quais sejam: i) a confiança deve fundar-se na conduta de outrem; ii) ela deve ser justificada; iii) o agente deve ter feito o chamado 'investimento de confiança'; e iv) há um comportamento que frustra a confiança criada e as providências nela fundadas.

Inicialmente, temos a conduta justificada de outrem, que também é denominada de "conduta vinculante". Esta deve traduzir-se na tomada de posição de quem a pratica em relação a determinada situação jurídica. Ou seja, ela deve ser uma exteriorização inequívoca da intenção do agente de criar, definir, fixar, modificar, reafirmar, extinguir ou esclarecer uma determinada situação jurídica.

Esta exteriorização, ou, como Judith Martins-Costa aponta, este "sistema de referências extracontratual" pode manifestar-se de qualquer forma, contanto que "ligada a eventos anteriores, paralelos ou similares; ou à pessoa ou à conduta do contraente; ou a afirmações por ele produzidas ou suscitadas por sua conduta; ou nas condições de inteligibilidade plena e adequada"⁵.

A inexistência desta "conduta vinculante" não implica, por certo, que não haja confiança de uma das partes em determinada situação jurídica. O que falta é um elemento essencial para a aplicação da proteção jurídica da confiança, que é a auto-responsabilização daquele que deu ensejo à confiança de outrem, pela sua própria conduta. Sem este elemento, por parte de em quem se confiou, a confiança não possui força suficiente para invocar uma proteção jurídica e, portanto, não podemos afirmar que houve uma "expectativa legítima" da outra parte.

Daí decorre que não será considerada uma violação do princípio quando diante de situações onde a intenção do agente não está clara ou decorre de uma avaliação errônea do agente que confia. Nestas situações, falta a "conduta vinculante" e, portanto, o elemento definidor da auto-responsabilização do agente.

Acrescentamos, ainda, ao critério da "conduta vinculante", a necessidade de que esta esteja inserida na mesma situação jurídica em que ocorra a conduta contrária à confiança, independente de

⁵ *Op. cit.* p. 100.

uma pluralidade de sujeitos. Não é necessário que esta relação jurídica seja criada pela "conduta vinculante", mas esta deve ser relevante para a situação jurídica em que se insere.

Portanto, foge do âmbito de aplicação do princípio aquele sujeito que confia em outro, com base no comportamento que este teve em outra situação jurídica, ainda que, neste caso, aquele que confia esteja ou possa vir a ser protegido pela boa-fé.

Este é o caso, por exemplo, da pessoa que, tomando conhecimento da promessa feita por alguém à terceiro, resolve adotar determinado comportamento (como comprar ações de uma empresa, vender um imóvel ou mesmo deixar de prosseguir com determinado projeto). O descumprimento da promessa feita a terceiro não pode ser considerado como uma violação à sua confiança, para fins de tutela jurídica.

Por igual motivo, é necessário que a confiança seja justificada, ou seja, ela deve ter uma relação estreita com a "conduta vinculante". Desta forma, a conduta do agente que confia (e pratica o abaixo referido "investimento de confiança") deve encontrar sua justificativa, principalmente, na "conduta vinculante".

Não é necessário que o "investimento de confiança" se fundamente, exclusivamente, na "conduta vinculante", mas também é certo que esta deva ser relevante o suficiente para justificar aquela.

O terceiro elemento é este denominado "investimento de confiança". Trata-se de questão extremamente penosa de precisar e, talvez por isto, pouco abordada na doutrina.

Primeiramente, é importante compreender que é papel do direito, através de sua força ordenadora e direcionadora, orientar os esforços individuais e supra-individuais em prol do que pode ser denominado "bem comum". É que, conforme expõe Rodolfo Vigo: *"El bien común es en definitiva, es a plenitud ordenada de los bienes necesarios para la vida humana perfecta, la satisfacción de las necesidades materiales y espirituales del hombre, y de ahí que el bien común será más perfecto cuanto mayor suficiencia posea de los instintos bienes humanos."*⁶

⁶ VIGO, Rodolfo Luis. *Las causas del derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1983. p. 174.

E isto é feito, mormente, não através de políticas sociais ou propostas moralizantes, mas através da simples imposição de uma responsabilidade individual pelos atos que determinado sujeito pratica perante terceiros, ou mesmo perante toda a comunidade.

Assim, é importante que quem quebra a confiança que lhe foi depositada por outro, restabeleça a ordem anterior, responsabilizando-se pelo ressarcimento dos prejuízos causados. E, a *contrario sensu*, aquele que investe seus bens materiais em determinada relação jurídica, que é quebrada pelo comportamento contraditório da outra parte da relação, tem o direito de ser ressarcido, mesmo como uma forma de restabelecer o *status quo ante*.

Neste sentido, o que pode parecer um termo vago, como "investimento de confiança", ganha um caráter bastante objetivo e aferível.

Se, do ponto dogmático, o "investimento de confiança" é a opção inconsciente daquele que confia de realizar determinada conduta, sem se resguardar de todas as possíveis conseqüências que possam advir do comportamento contraditório à conduta inicial do outro, equivalendo ao sujeito que "abaixa suas guardas", por outro lado, do ponto de vista material, ele representa um elemento concreto e objetivo da relação.

Ele corresponde, portanto, do ponto de vista material, ao ato, comportamento ou conduta que o sujeito pratica em decorrência da confiança legítima que tem em determinada pessoa ou relação jurídica.

Assim, a proteção do "investimento de confiança" vem a ser, justamente, a busca deste equilíbrio material que existia antes do comportamento de quem abusou da confiança de outrem.

Mas é importante ressaltar, como exposto acima, que a simples realização do "investimento de confiança", sem que o agente objeto da confiança pratique alguma conduta vinculante, não é suficiente para gerar sua proteção. Neste caso, não é exagerado afirmar que aquele que "investiu" na relação deixou de sequer tomar os cuidados mínimos que deveria ter, conforme exige o Direito.

O último elemento é a necessidade de um comportamento contrário à confiança depositada. Embora sua aceitação não se revista de maiores dificuldades, eis que a existência de um compor-

tamento contrário à confiança está implícito à noção de que houve uma violação desta, ainda assim a doutrina tem discutido sobre o que poderia ser configurado como um comportamento contraditório.

Neste debate, a principal divergência consiste em saber se a violação da confiança depende do exercício de um direito subjetivo, por parte daquele que viola a confiança, ou se bastaria o comportamento contraditório, mesmo que não seja pelo exercício de um direito subjetivo. Trata-se, entretanto, de debate já pacificado pela doutrina, que tem se posicionado, e com inteira razão, no sentido de que o comportamento contraditório independe do exercício de um direito subjetivo, ou melhor, que o comportamento contraditório basta, por si, para ensejar a proteção do ordenamento jurídico.

5. CONCLUSÕES

O princípio da confiança legítima tem ganhado especial atenção nos últimos anos, tanto em sede doutrinária quanto jurisprudencial. Prova disto foi a recente aprovação dos enunciados nº 362 e 363, na IV Jornada de Direito Civil⁷, com as seguintes ementas interpretativas para o art. 422, do Código Civil:

*"A vedação do comportamento contraditório (**venire contra factum proprium**) funda-se na proteção da confiança, tal como se extrai dos arts. 187 e 422 do Código Civil."*

"Os princípios da probidade e da confiança são de ordem pública, estando a parte lesada somente obrigada a demonstrar a existência da violação."

Uma vez aceita a existência deste princípio, utilizando a expressão que Wieacker utilizou, há 50 anos para a boa-fé, torna-se necessário, portanto, trabalharmos a *Präzisierung* da confiança legítima no ordenamento brasileiro.

Neste sentido, como exposto, o princípio assume dois importantes papéis no ordenamento brasileiro, atuando tanto como uma

⁷ Cf. Nossas críticas aos referidos artigos em MARTINS, Raphael Manhães. *O Princípio da Confiança Legítima no Direito Brasileiro: uma discussão em torno do Enunciado nº 362, da IV Jornada de Direito Civil*. No prelo.

proteção das legítimas expectativas das partes em determinada relação jurídica, como, ao mesmo tempo, funcionando como justificativa da vinculabilidade das partes à referida relação.

Mas, se é certa a sua importância e relevância em nosso sistema jurídico, eis que constitui-se em um substrato necessário à concretização da confiança legítima, extraído daí o seu fundamento de validade, também é importante notar que não será qualquer confiança que merecerá a tutela jurídica.

Afinal, dado o número de maneiras pelas quais a confiança pode manifestar-se, entende-se, como requisito para que esta obtenha a proteção do ordenamento e, portanto, seja qualificada de legítima, que ela seja: fundada na conduta de outrem; seja justificada; haja o denominado "investimento de confiança"; e finalmente, haja um comportamento que frustre a confiança criada e as providências nela fundadas.

Finalmente, chamamos a atenção para a observação de Alain Peyrefitte, em sua obra **A Sociedade de Confiança**, que, com muita clareza, expõe que a proteção da confiança não é meramente uma opção de política legislativa, mas sim o substrato essencial do desenvolvimento das relações sociais. Afinal, em suas palavras: "O elo social mais forte e mais fecundo é o que tem por base a confiança recíproca - entre o homem e a mulher, entre pais e filhos, entre um chefe e os homens que ele dirige, entre cidadãos de uma mesma pátria, entre doente e médico, entre alunos e professor, entre prestamista e prestatário, entre indivíduo empreendedor e comanditários - ao passo que, inversamente, a desconfiança esteriliza".

Assim, cabe ao jurista encontrar os mecanismos para a correta proteção de tão fundamental princípio. ☐

A Evolução do Ato Administrativo e a sua Destipificação na Atividade Regulatória

Mário Augusto Figueiredo de Lacerda
Guerreiro
Mestrando em Direito pela Universidade de Coimbra

1. ORIGENS DO ATO ADMINISTRATIVO

As origens do ato administrativo remontam à Revolução Francesa, momento histórico em que o Antigo Regime até então vigente cedeu espaço a um novo modelo de organização do Estado, baseado na separação de poderes, como preconizado por Montesquieu em sua memorável obra *L'esprit des Lois*. Tal inspiração, por sinal, se revela claramente no artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que estabelece que "toda sociedade na qual a garantia dos direitos não é assegurada, nem a separação dos poderes determinada, não tem Constituição".

Ocorre que, naquela época conturbada, os tribunais franceses, ainda nas mãos da vetusta nobreza desbancada pelos revolucionários, eram por estes vistos com alguma desconfiança, fator que, associado a um entendimento radical do princípio da separação dos poderes, conduziu à edição de leis excluindo os atos praticados pela Administração Pública da apreciação judicial¹.

¹ AMARAL, Diogo Freitas do. *Curso de direito administrativo*. Coimbra: Livraria Almedina, 2006, 5ª Reimpressão da Edição de 2001, v. II, p. 13-15 e 204.

Surge, então, pela primeira vez, o conceito de ato administrativo, abarcando todas as formas de atuação da Administração Pública a respeito das quais o Judiciário estava proibido de se manifestar, e que só podiam ser impugnadas pelos particulares perante os próprios órgãos administrativos². Sendo assim, o conceito de ato administrativo, em seu nascedouro, apresentava-se essencialmente como garantia de independência da Administração, cuja atuação não estava sujeita à revisão judicial.

Essa concepção inicial de ato administrativo como garantia para a Administração de insindicabilidade judicial de sua atuação é logo suplantada, contudo, pela Constituição do Primário, de 15 de setembro de 1799, a partir da qual o referido conceito passa a definir o conjunto de condutas administrativas submetidas à fiscalização dos tribunais, que assim ficam incumbidos de exercer o controle quanto à sua legalidade, garantindo, dessa maneira, o império da lei. Note-se que, em virtude de tal evolução conceitual, a idéia de ato administrativo deixa de representar uma prerrogativa instituída em benefício da Administração para se converter em uma garantia outorgada aos particulares³, que puderam, desde então, se insurgir contra as arbitrariedades e abusos administrativos de que eram vítimas perante um órgão jurisdicional imparcial e independente.

2. O ATO ADMINISTRATIVO NO ESTADO LIBERAL

As revoluções burguesas ocorridas a partir do final do século XVIII por toda a Europa impingiram a derrocada final do absolutismo monárquico em estertores e permitiram a chegada ao poder da burguesia, que, inspirada pelo idário iluminista, ansiava por uma nova ordem jurídica, marcada pelo império da lei e pelo liberalismo político, na qual fosse defesa ao Estado a intervenção tanto no campo econômico como no das liberdades individuais. Surge, então, o Estado liberal de direito⁴.

² GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo*. Madrid: Editorial Civitas, 1997, 8ª Edição, v. I, p. 533.

³ SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. *Para um contencioso administrativo dos particulares (esboço de uma teoria subjectivista do recurso directo de anulação)*. Coimbra: Livraria Almedina, 1989, p. 32.

⁴ O Estado de direito, em sua origem, era um conceito tipicamente liberal, razão pela qual se emprega aqui o termo Estado liberal de direito para designar o modelo estatal vigente naquela época, na esteira das lições de JOSÉ AFONSO DASILVA. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, 24ª Edição, p. 112.

Nesse contexto histórico, o ato administrativo se transforma, vindo a se apresentar como o meio usual e quase exclusivo de atuação da Administração Pública. Deve ser destacado, contudo, que naquele momento o Estado era visto como um potencial agressor dos direitos individuais dos administrados, de forma que o ato administrativo era consequentemente entendido como uma "manifestação autoritária do poder estadual relativamente a um particular determinado"⁵.

Por outro lado, a noção de ato administrativo também representava uma garantia para o administrado, na medida em que permitia a impugnação judicial de condutas administrativas ilegais ou lesivas dos direitos dos particulares.

A tipicidade é outra importante característica do ato administrativo no Estado liberal, não devendo ser olvidada. Com efeito, a Administração era então vista como agressora dos direitos individuais, razão pela qual sua intervenção era, tanto quanto possível, limitada, estando os parâmetros de tal atuação expressamente previstos em lei⁶. Parece claro, portanto, que a atividade administrativa naquele período se cingia quase exclusivamente à mera execução da lei, eis que estava sujeita a intensa vinculação legal, a fim de se evitarem autoritarismos e arbitrariedades. Restava, assim, pouco espaço à discricionariedade da Administração, que só podia agir através de atos administrativos típicos enumerados pela lei⁷.

3. A TRANSIÇÃO PARA O ESTADO SOCIAL

Ao privilegiar a liberdade em detrimento da igualdade, o Estado liberal, incapaz de atender às demandas de uma sociedade cada

⁵ SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. **Em busca do acto administrativo perdido**. Coimbra: Livraria Almedina, 2003, p. 40.

⁶ "Ora bem, temos aqui, como nós todos sabemos, um sistema que se instaurou na Europa Continental a partir das experiências francesas e que depois exige a criação de um direito material da Administração, ou seja, um direito administrativo que forneça esquemas dos actos que a Administração tem a obrigação de vir a concretizar. Enquanto para lá do Canal o Direito há-de limitar-se, quando muito, à indicação de regras procedimentais, aqui a preocupação principal é posta na fixação de tipos de modelos de actos jurídicos." SOARES, Rogério Guilherme Ehrhardt. "O acto administrativo", in *Scientia Jurídica*, 1990, T. 39, nº 223/228, p. 27.

⁷ É o que se depreende do pensamento de MASSIMO SEVERO GIANNINI, em *L'interpretazione dell'atto amministrativo e la teoria giuridica generale dell'interpretazione*. Milano: Dott. A. Giuffrè - Editore, 1939, p. 266-267. No mesmo diapasão, sustentando que a Administração no Estado liberal agia através de atos típicos unilaterais, conferir também PAREJO ALFONSO, Luciano. "Introducción: el surgimiento, desarrollo y consolidación del derecho administrativo", in PAREJO ALFONSO, Luciano; ORTEGA ÁLVAREZ, Luis; JIMÉNEZ-BLANCO, Antonio. **Manual de derecho administrativo**. Barcelona: Ariel, 1990, p. 12-13.

vez mais desigual, acabou por entrar em crise, sendo substituído pelo Estado social, que se preocupava não apenas em assegurar as liberdades do indivíduo contra a ingerência estatal (liberdades negativas), mas também em lhe conferir um extenso cabedal de direitos econômicos e sociais, cuja implementação podia ser exigida do Estado (prestações positivas)⁸. Essa mudança de paradigma visava, entre outros desideratos, à melhoria das condições de vida da massa operária explorada e empobrecida pelo sistema liberal, que passava a ter no Estado um grande provedor de direitos sociais, como educação e saúde, por exemplo. Some-se a isso a necessidade de superação da crise que assolou os países de economia capitalista no final dos anos 20 do século passado, evidenciando a importância de uma maior intervenção do Estado na economia, a fim de assegurar o seu equilíbrio e sustentabilidade.

3.1. Transformações do Ato Administrativo

A transição do Estado liberal para o Estado social mais comprometido com as reivindicações emergentes na sociedade trouxe consigo profundas alterações também no que concerne ao ato administrativo, uma vez que nessa nova ordem jurídica a Administração não mais se limitava a intervir de forma agressiva nos direitos dos particulares, passando a desempenhar uma importante atividade prestadora ou constitutiva⁹. Percebe-se, ademais, que a Administração no Estado social deixa de ser mera executora da lei e assume funções verdadeiramente criadoras e concretizadoras, tendo em vista o incremento de suas atribuições e a impossibilidade de o legislador regular todas as situações jurídicas, fatores que impunham a delegação de maior liberdade à Administração no esforço de satisfazer todos os direitos sociais conferidos aos administrados¹⁰.

⁸ Merecem relevo as Constituições do México (1917) e de Weimar (1919) como as primeiras cartas que incorporaram em seus textos direitos sociais atribuídos aos cidadãos em face do Estado.

⁹ Nas palavras de NORBERTO BOBBIO, "(...) a passagem do Estado liberal ao Estado social é assinalada pela passagem simultânea de um direito de funções predominantemente protectoras-repressivas a um direito cada vez mais promocional". **O futuro da democracia**. Lisboa: Publicações Dom Quixote, 1988, p. 148.

¹⁰ Tais transformações também são assinaladas por GAETANO AZZARITI, em "Trasformazioni dell'amministrazione e procedimento amministrativo", in ALBERTI, Piergiorgio; AZZARITI, Gaetano; CANAVESIO, Giorgio; GALLO, Carlo Emanuele; QUAGLIA, Mario Alberto. **Lezioni sul procedimento amministrativo**. Torino: G. Giappichelli Editore, 1992, p. 7.

Verifica-se, portanto, um certo afastamento entre a lei e o ato administrativo, o que fica muito bem delineado no âmbito das atividades de caráter predominantemente técnico, onde as decisões são tomadas com base em critérios igualmente técnicos, tendo a lei tão-somente como fonte de princípios gerais diretores¹¹. O mesmo se verifica quanto à atuação da Administração em campos mais tradicionais, de cariz jurídico, nos quais a lei fixa apenas balizas gerais de conduta, deixando ao administrador a tarefa de perseguir e concretizar as finalidades públicas com enorme autonomia.

Apresenta-se incontestável, por conseguinte, a redução da vinculação legal imposta à Administração, que agora tem maior independência para identificar a solução mais consentânea ao interesse público em cada caso concreto, o que a lei jamais seria capaz de fazer devido ao aumento das atribuições sociais do Estado e à falta de dinamismo do processo legislativo, incapaz de regulamentar todas as situações de fato que surgem no dia-a-dia da atividade administrativa.

Esse recuo da vinculação legal não importa, entretanto, a concessão de arbítrio desmedido à Administração, visto que é acompanhado da intensificação do controle jurisdicional. É mister acentuar, todavia, que esse controle não pode corresponder à substituição do administrador pelo juiz no ofício de apreciar a conveniência e a oportunidade dos atos administrativos, sob pena de violação do princípio da separação de poderes. Sendo assim, ele deve consistir exclusivamente na aferição da juridicidade do ato administrativo, que deve se coadunar com a lei e com os princípios previstos na Constituição, como o da igualdade e o da proporcionalidade¹².

Além disso, percebe-se ainda que no Estado social o ato administrativo deixa de ser concebido apenas como um meio de indese-

¹¹ Perfilhando o mesmo entendimento, aponte-se SABINO CASSESE, em “Le trasformazioni dell’organizzazioni amministrativa”, *in Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1985, nº 2, p. 383.

¹² O princípio da proporcionalidade, que é expressamente previsto pela Constituição Portuguesa em seu artigo 266, nº 2, não consta explicitamente no texto da Constituição Brasileira, sendo considerado, no entanto, um princípio implícito orientador da atividade administrativa. Nesse sentido, CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005, 13ª Edição, p. 19 e 23-24. Para JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, por outro lado, o fundamento constitucional do princípio da proporcionalidade poderia estar associado ao princípio do Estado de Direito ou à proteção dos direitos fundamentais. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Livraria Almedina, 2006, 7ª Edição, 3ª Reimpressão, p. 267.

jável agressão ou intervenção da Administração nos direitos fundamentais dos indivíduos para também ser, em algumas hipóteses, encarado favoravelmente, como uma forma de realização de direitos sociais albergados pela Constituição, de tal modo que, nessas ocasiões, ele vem a ser não só desejado como até mesmo exigido pelos administrados.

Como reflexo dessa nova feição do ato administrativo, processa-se a sua gradual flexibilização, que toma forma através do declínio das modalidades de atuação administrativa autoritárias, unilaterais e agressoras, ao mesmo passo em que começam a ser adotadas pela Administração práticas típicas de direito privado, mais adequadas à consecução dos novos interesses públicos, de matiz social e econômico. Assiste-se, assim, à crescente utilização de meios contratuais na atividade administrativa, assim como à legitimação do ato administrativo unilateral pela audiência dos interessados em procedimento prévio, o que permite a obtenção de decisões administrativas mais eficazes e consensuais, eis que baseadas na compreensão e harmonização de todos os interesses envolvidos¹³.

Urge salientar, ademais, outro fenômeno que pode ser observado no Estado social, qual seja, a tecnicização da atividade administrativa, já referida anteriormente. De fato, tendo a Administração passado a atuar em áreas que exigem conhecimento técnico (como saúde e educação, por exemplo), seus atos tiveram que se regular mais por regras técnicas do que por normas jurídicas, que apenas servem como princípios gerais de conduta. Em decorrência dessa tecnicização, fica limitada a discricionariedade da Administração sem embargo da redução da vinculação legal, como explica Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da Silva:

¹³ "Com o advento do Estado democrático e social, as fronteiras entre Estado e Sociedade esbatem-se; a lógica liberal de confrontação e de exclusão surge substituída (ou, pelo menos, complementada) por uma lógica de cooperação e de acção concertada, que se expressa através de complexos processos de integração, de osmose e de interpenetração. A acção política dos grupos, o aparecimento de instâncias de Administração partilhada com os interessados (administração partilhada e em condomínio) e os vários sistemas de parceria e de divisão de trabalho entre Administração e particulares são apenas alguns dos sintomas de um novo modelo de relacionamento simbiótico entre Estado e Sociedade." GONÇALVES, Pedro. **Entidades privadas com poderes públicos**. Coimbra: Livraria Almedina, 2005, p. 141-142.

*"Este fenómeno de generalização do uso da técnica na actividade administrativa apresenta igualmente consequências do ponto de vista do controlo jurisdicional da Administração. De facto, "a 'tecnicização' da vida administrativa reduz o âmbito da discricionariade", o que "produz regularidade e previsibilidade mesmo em apreciações não puramente técnicas" (NIGRO). A utilização de meios técnicos por parte da Administração Pública permite, assim, o alargamento do controlo jurisdicional que, não podendo ser igual ao das vinculações legais, possibilita, no entanto, a fiscalização dos casos extremos de má utilização dos meios e de conhecimentos técnicos, mediante a via do 'erro manifesto' ou da violação do princípio da proporcionalidade."*¹⁴

Em síntese, pode-se afirmar que, embora a Administração esteja sujeita a uma menor vinculação legal (por imposição da necessidade de buscar a concretização dos direitos sociais e econômicos em cada situação de fato), por outro lado sua atividade deve se pautar por padrões técnicos verificáveis objetivamente¹⁵, bem como pelo respeito a uma série de princípios legais e constitucionais.

3.2. Destipificação do Ato Administrativo

Tendo em vista as observações expostas acima, pode-se vislumbrar no Estado social o surgimento de uma tendência à destipificação do ato administrativo, que tentaremos esquematizar a seguir.

Deveras, o ato administrativo, que, inicialmente, no Estado liberal, era visto como um meio de ingerência agressiva da Administração nos direitos individuais dos cidadãos, agora constitui também um meio de satisfação de seus direitos sociais e econômicos.

¹⁴ **Em busca do acto administrativo perdido.** Coimbra: Livraria Almedina, 2003, p. 109.

¹⁵ A aplicação de normas técnicas apresenta natureza intelectual e não volitiva, de forma que uma eventual valoração discricionária do administrador só poderá ser realizada após um prévio juízo técnico, que não está sujeito a uma aferição de conveniência e oportunidade consoante o interesse público, mas a critérios técnicos objetivos. Seguindo a mesma orientação, BASSI, Franco. "Note sulla discrezionalità amministrativa", in AMOROSINO, Sandro. *Le trasformazioni del diritto amministrativo - scritti degli allievi per gli ottanta anni di Massimo Severo Giannini.* Milano: Giuffrè Editore, 1995.

Ora, no bojo de um sistema jurídico em que o ato administrativo é sempre tido como desfavorável ao indivíduo (Estado liberal), a sua tipicidade (que consiste na previsão legal das espécies de atos que podem ser realizados pelo administrador em cada situação de fato, bem como de seus pressupostos e demais características) representa importante garantia para os cidadãos. Isso porque o administrador, estando preso aos estreitos tipos legais que regiam a sua conduta, tinha um espaço exíguo para qualquer tipo de discricionariedade (que no Estado liberal era abominada e muitas vezes confundida com inadmissível arbítrio), ao passo que o administrado dispunha da ampla possibilidade de impugnação dos atos que infringissem qualquer dos muitos elementos vinculados pela lei, restando poucas questões atinentes ao mérito administrativo e insindicáveis, portanto, pelo Judiciário.

Com o advento do Estado social, contudo, o ato administrativo adquire traços mais favoráveis ao indivíduo, que nele vê um meio de satisfação de direitos assegurados pela Constituição e pela lei. Essa nova atividade administrativa prestadora exige graus menos elevados de vinculação legal, pois aqui a Administração não estará obrando no sentido de cercear os direitos dos administrados, mas no de realizá-los. Deixa de ser imperativa, portanto, a fixação legal de atos administrativos típicos, uma vez que, sendo a atuação da Administração favorável ao administrado, torna-se dispensável esse meio de proteção, que faz sentido apenas na lógica do ato desfavorável¹⁶.

Além disso, também podemos apontar como outro fator importante para o início do processo de destipificação do ato administrativo no Estado social o fato de as novas atribuições estatais nos

¹⁶ "Ao longo dos anos fora possível criar todo um corpo de garantias a favor do particular, que se o não tornavam imune contra os ataques da Administração, ao menos os mantinham subordinados a um sistema. O dogma de que toda a Administração é execução da lei põe o particular na posição de só esperar compressões legítimas a coberto da lei, que o mesmo é dizer, onde os pressupostos políticos da separação dos poderes demonstram a prevalência indiscutida dum interesse geral sobre o seu próprio. Agora que a Administração acrescenta ao seu programa tradicional um outro, com uma lógica totalmente diferente, e se transforma numa Administração constitutiva até ao ponto das suas tarefas antigas se reduzirem a um sector marginal, todo o sistema de defesas nos parece quebrado. Não é de estranhar por isso que volte a defender-se a Administração como um poder autónomo, capaz de actuação mesmo para além das bases expressas numa lei." SOARES, Rogério Guilherme Ehrhardt. *Direito público e sociedade técnica*. Coimbra: Atlântida Editora, 1969, p. 168-169.

campos econômico e social terem se diversificado tremendamente, tornando-se efetivamente impossível a previsão legal minuciosa de todas as formas de atuação da Administração, que passou a ter, por conseguinte, maior liberdade para decidir qual o ato mais adequado à persecução do interesse público em cada caso concreto, como já mencionado anteriormente.

Outra questão de suma importância para a compreensão do fenômeno da destipificação do ato administrativo diz respeito à tecnicização da atividade administrativa. Explica-se: enquanto a Administração estava limitada a praticar atos agressores dos direitos individuais, exercendo funções tipicamente policiais (Estado liberal), sua conduta podia ser regulada exclusivamente por normas jurídicas, sendo a lei seu único parâmetro de conduta¹⁷. No momento em que ela começa a desempenhar funções técnicas a fim de cumprir as promessas de direitos sociais e econômicos constantes da lei e da Constituição, seus atos deixam de se basear apenas em normas jurídicas, devendo observar também outras de ordem técnica. Assim, por exemplo, para um médico ou um professor que trabalhem nas redes públicas de saúde ou ensino, respectivamente, mais importantes para o bom exercício de seus misteres são os conhecimentos técnicos da atividade que desenvolvem habitualmente do que as prescrições legais acerca de suas atribuições, que, não obstante ainda devam ser obedecidas, estão muito distantes da prática diária de suas atividades. Dessa forma, a lei se torna incapaz de regular toda a atividade administrativa, cedendo espaço a decisões tomadas com base em critérios técnicos, ficando impossibilitada a previsão legal detalhada de atos administrativos típicos que se amoldem às peculiaridades de cada área de atuação da Administração.

Conclui-se, portanto, que o ato administrativo no Estado social não está tão intensamente sujeito a um regime de tipicidade legal quanto estava na época do Estado liberal, concedendo-se maior liberdade ao administrador para tomar as medidas que entender mais

¹⁷ "Ora, perante a Administração dos princípios do séc. XIX, o problema parece ter pouca importância, tão limitados são os terrenos em que ela se movimenta. Aceitando-se aquela contenção de finalidades que corresponde ao ideário liberal, parece que raramente a Administração encontrará motivos para agir que não se projectem numa zona já pré-ocupada pelo legislador." SOARES, Rogério Guilherme Ehrhardt. "Princípio da legalidade e Administração constitutiva", in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 1981, nº 57, p. 173.

propícias à realização do interesse público em cada situação de fato. Cabe à Administração observar, todavia, os princípios diretivos da lei e da Constituição, assim como as regras técnicas que regem cada um dos setores em que atua, não se admitindo condutas que as violem ou que sejam autoritárias ou desproporcionais, sob pena de impugnação em sede jurisdicional.

4. A FALÊNCIA DO ESTADO SOCIAL E A PASSAGEM AO ESTADO PÓS-SOCIAL

Pelos meados da década de 70 do século XX é a vez do modelo de Estado social se ver diante de uma crise, tal como ocorrera a seu predecessor, o Estado liberal. As razões que ensejam esta crise, contudo, são distintas, podendo ser assim sucintamente alinhavadas: 1) ineficiência econômica de um Estado demasiadamente inchado e moroso; 2) aumento das contribuições exigidas dos cidadãos de forma desproporcional às benesses oferecidas pelo Estado; 3) crescimento da corrupção estatal, incentivada pelos novos meios consensuais de atuação pública; 4) alheamento e desconfiança do indivíduo em face do Estado¹⁸.

Começa a se desenhar, a partir desse diagnóstico de iminente colapso do Estado social, um novo sistema, que se pode chamar de Estado pós-social, caracterizado precipuamente pela tentativa de redução do aparelho estatal e pela expansão dos direitos do indivíduo, que é chamado a ter maior ingerência nos processos de decisão e recebe maior proteção jurídica contra o poderio público ou privado.

Outro traço marcante do Estado pós-social que deve ser realçado se refere à descentralização da função administrativa, ou seja, a Administração deixa de agir como uma entidade unitária e passa a desenvolver suas tarefas através de vários organismos autônomos, que atuam com independência em relação ao poder central em setores específicos da economia¹⁹.

¹⁸ SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. **Para um contencioso administrativo dos particulares (esboço de uma teoria subjectivista do recurso directo de anulação)**. Coimbra: Livraria Almedina, 1989, p. 56-58.

¹⁹ É o caso, por exemplo, das agências reguladoras, como se verá adiante. Ainda quanto à descentralização da Administração, prestimosos são os ensinamentos de MARIO NIGRO, em "Trasformazioni dell'amministrazione e tutela giurisdizionale differenziata", in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1980, nº 1, p. 22.

4.1 O Ato Administrativo no Estado Pós-Social

A Administração Pública no cenário pós-social assume características distintas daquelas que apresentava nos antecessores sistemas liberal e social, deixando de estar focada exclusivamente no deslinde de questões individuais e concretas, passando a se dedicar mais a uma atividade conformadora da realidade social²⁰. Para atingir tal objetivo, entretanto, não mais será possível a utilização das antigas espécies de ato administrativo (agressivo e prestador), eis que estruturadas tendo em vista uma atuação administrativa voltada ao indivíduo, isoladamente considerado.

Surge, então, uma nova modalidade de ato administrativo, vocacionada à consecução dos novos escopos infra-estruturais da Administração, cuja marca distintiva é a produção de efeitos em relação não apenas a um particular específico, mas também a grupos maiores de pessoas ou mesmo a toda a sociedade (atos diretivos ou planejadores). É o que ocorre, por exemplo, quando a Administração elabora um plano de urbanismo, impondo, assim, orientações que vincularão todos os moradores da localidade em questão, ou, ainda, quando ela confere um incentivo fiscal a uma determinada empresa, o que afeta as suas concorrentes. Note-se que, neste último caso, mesmo sendo o ato dirigido diretamente a uma única pessoa jurídica, seus efeitos indubitavelmente atingem terceiros, a saber, outras empresas que atuam no mesmo nicho empresarial.

Essa eficácia multilateral do ato administrativo implica necessariamente no aumento da proteção jurídica concedida aos particulares, tendo em vista que, mesmo sendo os seus destinatários diretos, podem vir a ser atingidos por seus efeitos. Tal proteção acrescida pode ser alcançada através do alargamento do conceito de direito subjetivo dos terceiros prejudicados pelo ato, ou, ainda, pela concessão aos administrados de meios de intervenção em sede administrativa ou judicial para a defesa de interesses difusos ou coletivos²¹.

²⁰ SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. *Em busca do acto administrativo perdido*. Coimbra: Livraria Almedina, 2003, p. 127.

²¹ Sobre a participação dos particulares em procedimentos administrativos para a defesa de interesses difusos, consultar NIGRO, Mario. "Esperienze e prospettive del processo amministrativo", *in Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1981, nº 2, p. 403-405.

Além disso, torna-se ainda mais premente a busca por soluções consensuais, que levem em consideração as reivindicações de todos os interessados na prática de um determinado ato administrativo. Essa participação dos particulares se realizará através do procedimento (onde eles poderão exercer o contraditório), razão pela qual a moderna doutrina publicista o coloca no centro da dogmática administrativa, em detrimento do ato administrativo²².

4.2. O Aprofundamento da Destipificação

A atividade planificadora que a Administração vem a exercer no Estado pós-social ostenta um caráter essencialmente programático, pois consiste no estabelecimento de metas e objetivos a serem alcançados a fim de que se realize o interesse público fixado pela lei. Os meios para a concretização das diretivas traçadas, todavia, ficam ao alvedrio do administrador, como ensina Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da Silva:

*"Outra questão suscitada pela Administração de infra-estruturas é a da proliferação de decisões genéricas, nomeadamente sob a forma de disposições-programa ou de tipo finalístico. Estas actuações administrativas, do domínio do planeamento, "em vez de um processo de decisão baseado no esquema: 'se... então' ('Wenn - dann - Schema')", obedecem ao "esquema 'fim... meio' ('Zweck - Mittel - Schema')", constituindo actuações finalísticas ou "normas finalmente programadas ('final programmierte Norm')", que permitem à Administração uma ampla liberdade de escolha dos meios necessários para alcançar esses fins (SCHMITT GLAESER)."*²³

Isso significa, em outras palavras, que cabe à Administração não só estabelecer os rumos a serem seguidos e os objetivos que devem ser atingidos (o que ela faz através das supracitadas "disposi-

²² Por todos, NIGRO, Mario. "Trasformazioni dell'amministrazione e tutela giurisdizionale differenziata", in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1980, nº 1, p. 23-24.

²³ Em busca do acto administrativo perdido. Coimbra: Livraria Almedina, 2003, p. 137.

ções-programa ou de tipo finalístico"), como também escolher os meios que entenda serem os mais oportunos e convenientes para a realização desse programa. Parece evidente, portanto, que a lei concede um amplo espaço de discricionariedade ao administrador para adotar, no exercício de suas funções, as práticas que melhor se coadunem às metas estabelecidas, assim como ao interesse público que lhes é subjacente, desde que observadas as normas técnicas aplicáveis. Sendo assim, o que se verifica, à evidência, é a agudização do processo de destipificação do ato administrativo que teve início no Estado social, visto que agora a lei não prevê de forma pormenorizada as condutas que a Administração poderá desenvolver na sua atividade infra-estrutural, conferindo-lhe grande margem de manobra²⁴.

É importante, contudo, consignar algumas ressalvas.

Em primeiro lugar, insta ressaltar que o surgimento dos atos administrativos de prestação e daqueles com efeitos em relação a terceiros, característicos dos Estados social e pós-social, respectivamente, não impôs o abandono dos atos agressivos normalmente associados ao Estado liberal. Isso porque a evolução dos sucessivos modelos estatais referidos acarretou a gradual atribuição à Administração de novas funções, em adição às aquelas já anteriormente por ela desempenhadas, ou seja, enquanto no Estado liberal só se cogitava de atos administrativos agressivos, no Estado social temos atos agressivos coexistindo com atos de prestação, ao passo que no Estado pós-social ambos convivem com os atos de efeitos multilaterais. Deveras, o Estado pós-social em que vivemos ainda pratica, por vezes, atos agressivos (quando aplica uma multa de trânsito) e atos de prestação (quando atende uma pessoa enferma em um hospital público), sem prejuízo da adoção de outros atos de planejamento e conformação da realidade social com eficácia multilateral (quando decide construir uma usina nuclear, afetando os moradores e o meio ambiente da região escolhida).

²⁴ "Assim, o próprio Estado utiliza-se de novas formas organizacionais, buscando uma liberdade de movimentos que o cenário clássico de legalidade não permitia." ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o direito privado*. Coimbra: Almedina, 1996, p. 181. Seguindo a mesma linha de pensamentos, conferir também SOARES, Rogério Guilherme Ehrhardt. "Princípio da legalidade e Administração constitutiva", in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 1981, nº 57, p. 177.

Feitas tais colocações, deve ficar assentado que quando se fala aqui no fenômeno da destipificação do ato administrativo e no seu aprofundamento, refere-se tão-somente aos atos prestacionais e aos multilaterais, que cada vez mais ganham espaço no seio da atividade administrativa. É apenas quanto a essas espécies de ato administrativo que se pode observar um movimento no sentido da redução da vinculação imposta pela lei, não estando a Administração presa às amarras da tipicidade no desempenho de suas funções. No que concerne aos atos agressivos, no entanto, continua apresentando grande valia a previsão legal dos tipos de atos que poderão ser adotados pela Administração, como forma de defesa do administrado contra intervenções arbitrárias em seus direitos individuais²⁵.

Outra ressalva que deve ser suscitada diz respeito aos meios de controle dos atos administrativos atípicos; afinal, destipificação não pode ser sinônimo de ausência de limitação aos poderes conferidos à Administração, sob pena de retrocesso quanto às conquistas do moderno Estado de direito. Assim, na ausência de tipos administrativos previstos em lei, que forneceriam um grande número de elementos vinculados para a verificação judicial da legalidade dos atos praticados, impõe-se a adoção de outros métodos não menos eficazes de controle, já aqui referidos. Imperativa, por isso, é a obediência de tais atos aos princípios gerais diretivos da lei e da Constituição (com destaque para o princípio da proporcionalidade)²⁶, às normas técnicas pertinentes e, ainda, ao interesse público, coibindo-se, dessa maneira, eventuais desvios de finalidade.

5. A ATIVIDADE REGULATÓRIA E O ESTADO PÓS-SOCIAL

No Estado liberal era corrente a idéia de que o mercado deveria ser regulado por uma "mão invisível", capaz de conciliar de ma-

²⁵ Vale ainda salientar que a tipicidade do ato administrativo diz respeito não apenas aos seus elementos constitutivos, pressupostos e características, mas também a seus efeitos, não podendo a Administração se valer de um determinado ato típico para obter por via oblíqua resultados que só poderiam ser alcançados por outra espécie de ato, como ensina MASSIMO SEVERO GIANNINI, em **Diritto amministrativo**. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1988, Seconda Edizione, Volume Secondo, p. 681.

²⁶ "(...) o administrador está obrigado a respeitar princípios fundamentais materiais (princípio da justiça, princípio da imparcialidade, princípio da proporcionalidade) e a obediência que lhes presta é objecto do controlo do juiz." SOARES, Rogério Guilherme Ehrhardt. "Princípio da legalidade e Administração constitutiva", in **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, 1981, nº 57, p. 191.

neira involuntária as vontades individuais com os interesses sociais²⁷. Sendo assim, repudiava-se qualquer tipo de intervenção do Estado nas atividades econômicas, cabendo-lhe tão-somente a garantia da propriedade privada e da liberdade contratual, enquanto o mercado se regeria por suas próprias leis internas (auto-regulação).

A crise do Estado liberal demonstrou, entretanto, que o mercado era incapaz de regular a si próprio de forma eficiente e estável, sendo desejável, por isso, uma maior intervenção estatal na economia. Descortina-se, conseqüentemente, um cenário no qual o Estado passa a intervir profundamente nos domínios econômico e social, assumindo funções que antes eram reservadas exclusivamente aos particulares e regulamentando exaustivamente o mercado, a fim de evitar as distorções encontradas no Estado liberal.

Ocorre que a falência do Estado social (em parte explicada pelo seu crescimento excessivo em decorrência da necessidade de intervenção, regulamentação ou controle em múltiplas áreas sociais e econômicas²⁸) impôs a sua reestruturação e a conseqüente instauração do modelo pós-social. Este se caracteriza pela redução da intervenção econômica do Estado, que se desonera de uma série de atividades, transferindo-as aos particulares. Através de tais reformas, tornou-se possível o encolhimento do aparelho administrativo estatal, granjeando-se, conseqüentemente, mais agilidade e eficiência²⁹ no exercício das funções públicas, bem como o corte dos gastos a elas associados.

Em contraposição, portanto, ao método de regulamentação estatal vigente no período de bem-estar social, no qual o Estado intervinha diretamente na economia, instaura-se um novo sistema, no qual ele transmite aos particulares o exercício das atividades eco-

²⁷ SANCHES, José Luís Saldanha. "A regulação: história breve de um conceito", in *Revista da Ordem dos Advogados*, 2000, ano 60, nº 1, p. 5-6.

²⁸ "Tal modelo [Estado Bem-Estar], contudo, incorporou estruturas estatais excessivas e caras para o atendimento da sociedade, alargando em muito o papel, o tamanho e custo da máquina estatal, gerando um cenário de mau atendimento e insatisfação." SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Desestatização: privatização, concessões, terceirizações e regulação**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2001, 4ª Edição, p. 13.

²⁹ O princípio da eficiência é previsto expressamente pela Constituição Federal brasileira, em seu artigo 37, *caput*, impondo-se à Administração Pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

nômicas outrora por ele desempenhadas ao mesmo tempo em que as desregulamenta, instituindo, outrossim, organismos reguladores setoriais encarregados de normatizar, fiscalizar e controlar tais atividades, como brilhantemente assinalado por Marcos Juruena Villela Souto na passagem a seguir:

*"[Desregulamentação] É a redução do volume de normas limitadoras da atividade econômica, de modo a reduzir os entraves burocráticos que elevam os custos das transações; ocorre através da desburocratização e da regulação, caracterizada esta como a atribuição legal de poderes a um órgão independente (agência de regulação) para estabelecer diretrizes, dentro de um marco previamente definido, a partir das quais dar-se-ão a normalização, a mediação e a arbitragem de conflitos de interesses entre o Poder Público e a empresa particular e entre estes e os usuários de serviços públicos e demais titulares de interesses difusos."*³⁰

É preciso deixar registrado, no entanto, que a transição para o modelo administrativo regulador se desenrola paulatinamente, observando-se, num primeiro momento (anos setenta e oitenta), a liberalização e a privatização da máquina administrativa, refletindo a retirada do Estado da economia, que atravessa então uma fase de desregulamentação³¹. Logo a seguir (anos noventa), o Estado passa a regular as atividades que abandonara e transmitira aos particulares, deixando, em síntese, de ser produtor de bens e serviços, para se transformar em regulador do processo de mercado³².

Isto posto, resulta evidente que o advento das autoridades reguladoras condensa, uma a uma, todas as características já referi-

³⁰ *Op. cit.*, p. 32.

³¹ EBERLEIN, Burkard. "L'État régulateur en Europe", in *Revue française de science politique*, 1999, v. 49, n° 2, p. 205.

³² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. "O direito constitucional passa; o direito administrativo passa também", in **Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 717-718. Ressalte-se, todavia, que a instituição de autoridades reguladoras nos Estados Unidos remonta ao *New Deal* (década de 1930), numa época em que a maioria dos outros países optava pela estatização de diversas atividades econômicas em resposta à crise de 1929, como averbado por ÉLIE COHEN, em "De la réglementation à la régulation: histoire d'un concept", in *Problèmes économiques - Paris: documentation française*, 2000, n° 2.680, p. 1.

das do novo modelo de Estado pós-social, como passaremos a perscrutar a partir de agora.

Sendo assim, releva salientar, em primeiro lugar, que o surgimento das agências reguladoras retrata claramente o fenômeno da descentralização administrativa. De fato, a intervenção estatal na economia deixa de se desenvolver através da Administração como entidade unitária, sendo assumida por vários órgãos a ela vinculados, que ostentam, porém, autonomia decisória, econômica e financeira, poder normativo técnico e independência administrativa³³, cada qual em sua área de atuação específica. Obtém-se, dessa forma, uma resposta à necessidade crescente que se colocava à Administração de enfrentar "com agilidade e conhecimentos técnicos específicos a emergente realidade socioeconômica multifacetária com a qual se deparara"³⁴.

Além disso, as atividades desenvolvidas pelas agências reguladoras também estão eivadas de um caráter predominantemente técnico, como enunciado acima. Isso porque, embora tenha a Administração se retirado de diversos setores da economia na transição do Estado social para o pós-social, deixando de exercer diretamente funções que são regidas mais por regras técnicas do que por normas legais, ela assumiu, por outro lado, a tarefa de regular o seu exercício pelos particulares, da qual ela só poderá se desincumbir a contento mediante o recurso ao conhecimento técnico específico de cada setor econômico. Dessa forma, o processo de tecnicização administrativa iniciado no Estado social se agudiza ainda mais no contexto pós-social, principalmente no campo regulatório.

Outro ponto que deve ser destacado diz respeito à multilateralidade do ato administrativo regulatório, uma vez que os efeitos das decisões das autoridades reguladoras geralmente têm o condão de atingir não apenas os agentes econômicos setoriais como também a grande massa de consumidores dos produtos e serviços por eles colocados no mercado. Daí decorre a necessidade da audi-

³³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Op. cit.*, p. 368.

³⁴ CABRAL, Otávio de Almeida. "Legalidade administrativa e mensurabilidade dos poderes de regulação". Estudo apresentado à Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa no curso de Mestrado em Ciências Jurídico-políticas, na cadeira de Direito Administrativo da Economia, 2002, p. 38.

ência de todos os interessados através de procedimentos administrativos onde tanto fornecedores quanto consumidores possam manifestar suas reivindicações, conduzindo a Administração a uma decisão mais consensual, que possa ser efetivamente exequível com o mínimo de prejuízos de lado a lado e, tanto quanto possível, bem recebida por todos³⁵. Assim, por exemplo, quando uma agência reguladora permite o aumento das tarifas cobradas pelas empresas prestadoras de serviços de telefonia, deve ter em consideração, por um lado, a necessidade da manutenção de uma margem de lucro que preserve a viabilidade econômica da atividade e, por outro, a preocupação com a oneração excessiva do consumidor, buscando, destarte, uma solução de equilíbrio entre os interesses opostos³⁶.

6. CONCLUSÃO: A DESTIPIFICAÇÃO DO ATO ADMINISTRATIVO NA ATIVIDADE REGULATÓRIA

Como já assentado acima, no Estado pós-social se observa o aprofundamento do processo de destipificação do ato administrativo, que já vinha tomando forma desde o Estado social.

Na atividade regulatória o mesmo fenômeno pode ser percebido, visto que as agências reguladoras gozam de enorme independência conferida pela lei para normatizar, fiscalizar e controlar os setores econômicos postos sob seu pálio. Tratando-se de atividade extremamente dinâmica, que exige a rápida tomada de decisões com base em critérios técnicos pertinentes a cada área regulada, de acordo com conjunturas mercadológicas momentâneas e com especificidades de cada caso concreto, a lei se revela um instrumento inábil à sua regulamentação integral. De fato, a natural lentidão do processo legislativo e o caráter genérico e abstrato das normas legais não se coadunam com os referidos imperativos da atividade regulatória, razão pela qual a lei vai se tornando cada vez

³⁵ Sobre o papel do procedimento como meio de manifestação de forças sociais opositoras perante a Administração e a sua importância para o bom desenvolvimento da atividade administrativa, conferir ANDRADE, José Carlos Vieira de. "Algumas reflexões a propósito da sobrevivência do conceito de 'acto administrativo' no nosso tempo", in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 1218-1219.

³⁶ Por tais motivos, as agências reguladoras tendem a entabular profícuos diálogos com os prestadores e os consumidores dos serviços regulados, como ressalta JULIA BLACK, em "Talking about regulation", in *Public law*, Spr. 1998, p. 104-105.

menos vinculativa, fixando apenas orientações bem gerais que traduzem o interesse público e concedendo grande discricionabilidade às entidades reguladoras para adotar não só medidas genéricas (decisões normativas ou de cunho programático ou finalístico, por exemplo), como também os atos concretos que considerarem necessários para a realização de seus objetivos³⁷.

Em face de tamanha liberdade conferida à Administração pela lei, não mais se cogita de um sistema fechado de tipos de atos administrativos legalmente previstos através dos quais ela teria forçosamente que agir no desempenho de seus misteres, cabendo, por outro lado, a cada entidade reguladora a implementação dos atos que melhor se prestarem ao bom desempenho de sua atividade, às especificidades do setor econômico sujeito ao seu controle e aos interesses de fornecedores e consumidores envolvidos³⁸. 

³⁷ Na mesma toada, ARBOS, Xavier. “La crisis de la regulación estatal”, in *Revista de estudios políticos*, 1991, nº 71, p. 275 e ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002, p. 65-67.

³⁸ CLARKE, Michael. *Regulation: the social control of business between law and politics*. London: Macmillan Press Ltd., New York: Macmillan Press Inc., 2000, p. 21.

Responsabilidade Penal dos Adolescentes e Medidas Socioeducativas

Guaraci de Campos Vianna

*Professor Titular da Faculdade de Direito
UniverCidade - Juiz de Direito Titular da Vara
da Infância e Juventude da Capital do Rio de
Janeiro - Mestre em Criminologia.*

Violência e criminalidade, em geral, são dados de um mesmo fenômeno, muito embora um possa existir ou aparecer independente do outro. Há violências explícitas e/ou subliminares - sem correspondente como crime, assim como podem existir condutas criminosas desprovidas de violência física.

Sob essa perspectiva fenomenológica, pode-se falar, ainda, em violência sem dor física, apontar a causa, inobstante isso, grandes prejuízos sociais (como ocorre ao nível da macrocriminalidade econômica e financeira), sem contarmos, ainda que o fenômeno da violência pode ser encarado sob o prisma positivo, pois ela atua como fonte de mudanças e de crescimento econômico nas sociedades, tantas são, por exemplo, as pessoas e as empresas envolvidas em atividades ou na construção de equipamentos de segurança.

Sob o prisma negativo, a que mais atormenta, é a violência física, ou seja, aquela das ruas, visível nas chacinhas, nos roubos à mão armada, nos assaltos. É a violência em condutas tipificadas, sejam elas praticadas por alguém em particular, ou por diversas pessoas em grupo, às vezes organizadamente.

A partir daí, a redução da menoridade penal tornou-se alvo preferencial dos ataques liderados pelo discurso político e midiático

de defesa da lei e da ordem, como se a reclusão de menores no sistema penitenciário fosse a solução mágica capaz de responder a todos os avanços da violência e da criminalidade que, de forma crônica e epidêmica, vêm infelicitando a cidadania brasileira.

Nem o debate, e conseqüentemente, nem as soluções, poderão alcançar resultados consistentes se continuarem a ocorrer, como vêm acontecendo, de forma emocional e fragmentada. Para compreender e solucionar esse fenômeno que banaliza cenas de violência em nosso país, precisamos urgentemente de um apelo à razão. Posta a razão a iluminar os fatos, indispensável raciocinar de forma contextualizada, reconhecendo que "não existem soluções simples para o complexo problema da violência".

Em termos práticos, e para ficar perto de casa, evitando ampliar a discussão para além da esfera do direito punitivo, não há como separar a questão da delinqüência juvenil da questão penal como um todo e elegê-la como alvo. Se de algum modo fosse lícito desmembrar o problema e eleger um foco em detrimento do outro - escolha sempre de risco - o foco preferencial do debate e das propostas de mudança deveria ser o sistema penal de adultos, e não o contrário, como vem ocorrendo.

Observe o teor do artigo 75 do CP o qual, congregado com o artigo 112 da LEP¹, nos leva a certeza de que temos um direito penal simbólico, onde as condenações elevadas são apenas virtuais e abstratas.

Art. 75 - O tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade não pode ser superior a 30 (trinta) anos. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§ 1º - Quando o agente for condenado a penas privativas de liberdade cuja soma seja superior a 30 (trinta) anos, devem elas ser unificadas para atender ao limite máximo deste artigo. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

¹ Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão. (Redação dada pela Lei nº 10.792, de 1º.12.2003)

§ 2º - Sobrevindo condenação por fato posterior ao início do cumprimento da pena, far-se-á nova unificação, desprezando-se, para esse fim, o período de pena já cumprido. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Tomando-se por base uma condenação de um adulto no crime de tráfico a uma pena de 12 anos de reclusão (o mínimo é de 5 e o máximo é de 15 anos), este cumprirá ou poderá cumprir no regime fechado 2 anos (1/6 da pena) e bem provavelmente já no regime aberto receberá livramento condicional após 6 anos, ou seja, a pena concreta é reduzida à metade. O adolescente, de 14 anos de idade, observada a libertação compulsória aos 21 anos poderá cumprir 7 anos de medida socioeducativa (um ano a mais).

Na prática, porém, o sacrifício do ofensor, no mais das vezes, não apenas será insuficiente para reverter o quadro de insatisfação emocional das vítimas, como o custo dessa falsa promessa de alívio implica colocar o país, a médio e longo prazo, numa verdadeira armadilha - mesmo porque alívio não significa cura.

O debate a respeito dos crimes com participação de menores e o funcionamento do sistema penal juvenil, por mais que necessário, não pode nos deixar perder de vista o foco central do debate, que deve ser a questão da justiça penal como um todo - inclusive, e principalmente, a justiça penal dos adultos. E, falando em adultos, a questão não se esgota na criminalidade de rua, mas também abrange crimes de gabinetes e de corredores.

Isso, insista-se, para permanecer argumentando no âmbito restrito das questões conjunturais suscetíveis de inclusão na pauta das reformas da legislação penal, e para dispensar por ora a discussão de temas relacionados a fatores criminógenos de ordem socioeconômica - os recorrentes álibis estruturais que, sistematicamente, têm nos entorpecido o debate das questões jurídicas relacionadas à ordem do dia na prevenção e repressão da violência e da criminalidade. Posto isso, destaque-se apenas que não há nada mais criminógeno hoje em dia do que a absoluta ausência do Estado tanto nas periferias urbanas quanto nas galerias do nosso pútrido e contaminante sistema penitenciário.

O sistema socioeducativo é, ainda, menos alvissareiro em termos de investimentos públicos e atenção da classe política e social da nação.

Tais discussões de fundo, absolutamente necessárias, por certo, darão pano para manga, para mais de mil horas de debate e, talvez por isso, novamente, levarão a nenhuma solução. O fato é que nem a vitória do endurecimento penal, por um lado, nem um novo silenciamento do clamor público, em caso de vitória, do outro, haverão de promover a desejada pacificação. A dor vertente da realidade dos fatos continuará latente, enquanto a discussão se perde, como que num descompasso, rumo a um falso ponto de fuga.

Admitindo centrar o debate na "questão do menor", uma vez mais estaríamos entrando num *looping*, fenômeno que a Teoria dos Sistemas define exatamente por aprisionar a energia num movimento circular que provoca muito calor e pouca luz.

Insistimos que a reconsideração do sistema penal juvenil não pode ser pautada sem que se paute, simultânea e paralelamente, uma aprofundada discussão do contexto. E assim entramos no ponto nodal do assunto: *a necessidade de retificação do Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA, na sua parte criminal*.

Precisamos resistir à redução da menoridade penal, primeiro porque juridicamente, a idade penal mínima em 18 anos é garantia de direito individual e, portanto, é dispositivo constitucional imutável, cláusula pétrea, insuscetível de reforma por Emenda Constitucional. Inúmeros e abalizados estudos jurídicos têm sido produzidos destacando que somente uma nova Assembléia Constituinte poderia modificar o artigo 228 da Constituição. Isso implica que, possivelmente, por maior que seja o entusiasmo no plenário do Congresso, a discussão a respeito deverá selar-se mesmo é perante o Supremo Tribunal Federal. Ou seja, o último turno da votação será dado num campo onde haverá de preponderar a hermenêutica jurídica, e não a emoção.

Segundo: admitindo para argumentar, que tal reforma vingasse, do ponto de vista político, a opção penitenciária para menores teria um efeito contaminante negativo de amplo espectro. Vingança por vingança, embora a satisfação inicial dos vitoriosos, a médio e longo prazo, a solução seria capaz de gerar um desastroso efeito

bumerangue em termos de recrudescimento da violência, à medida que estes jovens fossem sendo liberados dos sistema penitenciário para a liberdade. Devemos lembrar que, também salvo nova Constituinte, não contaremos no Brasil com a pena de morte ou com a prisão perpétua, as quais também permanecem ressalvadas como cláusulas pétreas no nosso Direito Constitucional. Portanto, algum dia esses jovens irão sair do presídio. E se já entrarem contaminados pela violência, provavelmente sairão dali ainda no vigor juvenil, mas com doses redobradas de ódio e rancor. A degradação humana e o contágio violento promovidos pelo sistema penitenciário atual já prenunciam o que iremos enfrentar com o encarceramento precoce dos adolescentes infratores. O recrudescimento da violência será exponencial, e não apenas proporcional ao número de novos presidiários. O agravamento virá da ampliação da boca do funil etário da massa carcerária e da definitiva estruturação de transtornos de personalidades anti-sociais que, atualmente, ainda vêm sendo revertidas ou têm seus danos minimizados pela intervenção das medidas socioeducativas.

Terceiro: eticamente, não importa se somos juristas, jornalistas, policiais, vítimas, infratores, ainda somos humanos. Somos todos como nossas mães. Humanos, em essência, até o último abraço ou suspiro. E a humanidade que persiste em cada um de nós, vítima ou infrator, sempre é possível de restaurar, como flor de lótus que brote sobre o lamaçal da miséria e do sangue. E para esse fim, incomparavelmente mais razoável e condizente com o processo civilizatório, o sistema de justiça penal juvenil está infinitamente melhor aparelhado, jurídica e institucionalmente, do que o sistema penal de adultos. Ao ponto de que deveríamos estar convictos de usar o ECA como exemplo para a responsabilização penal de maiores, e não o contrário.

À parte todos os argumentos desfavoráveis à redução da idade penal, mesmo nós, que nos posicionamos nessa trincheira, devemos nos mostrar sensíveis a tantas vozes que insistem em contrário. Podemos discordar das estratégias meramente punitivas, mas não podemos negar que esses reclamos certamente refletem uma necessidade legítima das pessoas - nossa inclusive - por segurança, proteção, garantia da ordem pública, menos violência, menos assaltos, menos maldade nas ruas.

Tais pontos parecem ser suscetíveis de consenso, já que correspondem a aspirações universais. E, embora não admitindo a justiça do pleito por mais punições, não podemos negar a justiça dessas aspirações. Por isso devemos suspender por instantes nossos habituais pressupostos a respeito da infalibilidade e nossa defesa incondicional do sistema jurídico contemplado no ECA.

Por isso defendemos ser chegado o momento para dar ouvidos às reclamações levantadas sobre o sistema socioeducativo, ou seja, é momento de concordar em ampliar o debate a respeito da parte infracional do ECA.

A questão central para introduzir o debate é que a fórmula legal de impor medidas por prazo indeterminado, limitado ao máximo de 3 anos, e submeter o adolescente a revisões semestrais está fundada num pressuposto que precisa ser rediscutido. Esse pressuposto é o de que as medidas socioeducativas atendem a um viés exclusivamente pedagógico, ou seja, seriam aplicadas e executadas na perspectiva exclusivamente individual dos direitos e garantias do infrator, visto em regra - e no mais das vezes até mesmo com razão - como vítima das próprias circunstâncias socioambientais, ou seja, uma perspectiva automaticamente exculpatória de sua atuação delitiva.

Entretanto, é forçoso aceitar que as sanções penais juvenis atendem não apenas e exclusivamente a fins pedagógicos, ou terapêuticos ou assistenciais, mas *também* visam à garantia da ordem pública.

Isso não implica concordar que o recurso à mera punição para adolescentes seria mesmo a melhor solução. Implica apenas admitir que as medidas socioeducativas trazem ínsito consigo, por sua própria natureza de sanções penais que são, também um viés retributivo que, embora seja dado insofismável tanto na realidade jurídica quanto na realidade da vida (quem desconhece que, de fato, os adolescentes infratores brasileiros são presos, algemados, colocados por detrás das grades?), tem permanecido como uma questão velada nos mais variados territórios do debate social e da produção acadêmica que cercam a atuação criminal juvenil.

Para dar-se uma idéia da dificuldade do trânsito dessas ponderações entre os atores do cenário jurídico, apenas desde 1998 con-

seguiu-se pautar no Brasil o debate sobre a natureza penal das medidas aplicadas aos adolescentes autores de fatos criminais.

A recusa à aplicação dos princípios e institutos do Direito Penal em matéria infracional de menores ao longo de décadas - inclusive posteriormente à vigência do ECA - ensejou toda sorte de empirismos e malabarismos, geradores de estruturas, procedimentos e ações fundadas em discricionariedades e recorrentes abusos de poder.

Evolui-se, porém, nestes últimos anos. Mas vale o destaque de que foi somente a partir da explicitação dos pressupostos, princípios e fundamentos derivados da compreensão do fenômeno da infração penal juvenil sob o prisma do direito penal que se possibilitou estabilizar as bases de um debate científico sobre o tema.

O primeiro foi o SINASE, Resolução do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente, editada em julho de 2006, definidora de diretrizes para a organização e gestão da prestação dos serviços pelo sistema institucional de atendimento a essa população.

O segundo foi o anteprojeto de uma Lei de Execuções de Medidas Socioeducativas, demorada, democrática e consistentemente discutido por todos os setores responsáveis desde o ano de 1998 e que, já na sua quarta versão, aguarda junto à Presidência da República a melhor oportunidade de ser enviado ao Congresso.

Apenas por oportuno, pergunte-se: alguém de sã consciência poderia imaginar o sistema penitenciário funcionando sem uma Lei de Execuções Penais? Por certo, não deveriam ser sãs as consciências até então regentes do sistema penal juvenil. As mesmas, aliás, que ainda resistem ao paradigma jurídico do direito punitivo como plataforma científica para a discussão e regulamentação legal do setor.

Aqui vamos ampliar um pouco o parêntese. No Rio de Janeiro, a Vara da Infância e Juventude que tem competência infracional (criminal), no nosso entendimento foi transformada, por força de alterações no CODJERJ, em uma Vara de Execuções socioeducativas de espectro limitado. Contudo, segmentos da Justiça ainda não incorporaram esta mudança, levando a ser suscitado em conflito de competência esdrúxulo.

Basicamente, à questão controvertida cinge-se a interpretação que deve ser dada ao artigo 102 do Código de Organização e Divisão Judiciárias do Estado do Rio de Janeiro (CODJERJ).

Art. 102. - Ao juiz de Direito da Vara da Infância, da Juventude e do Idoso da Comarca da capital do Rio de Janeiro, compete exercer, exclusivamente, e até que se instalem as Varas Regionais de igual competência, as atribuições definidas no art. 92, com exceção da apuração da prática de ato infracional cometido por adolescente, cujo processo de apuração, aplicação e acompanhamento das medidas socioeducativas, compete à Vara da Infância da Comarca da Capital do Rio de Janeiro, também competente para a fiscalização e orientação das instituições que desenvolvam programas socioeducativos relacionados a adolescentes infratores. (grifo nosso)

Conforme os artigos 115, 122, 129, 134 § 2º, 143 parágrafo único e 149 V e VI, "d", do CODJERJ, os Juízos da Infância e da Juventude das Comarcas do interior (com exceção da Comarca de Teresópolis, por força do artigo 137 § 3º não podem acompanhar a execução das medidas socioeducativas, assim como não fiscalizam ou orientam as instituições mencionadas no artigo 102. Como dispõe o artigo 102, tais atividades são da competência da Vara da Infância e da Juventude da Comarca da Capital.

Não é só.

Em verdade, corroborando tal entendimento, ao Ato Normativo n. 05/98 determina que a 2º Vara da Infância e da Juventude da Comarca da Capital não só poderá praticar atos de execução de medidas socioeducativo de internação de adolescentes do CAI da Comarca de Belford Roxo, mas também poderá exercer fiscalização do respectivo estabelecimento.

Isto posto, vislumbro três possibilidades:

Mantém-se o sistema atualmente aplicado, estabelecendo-se que a internação fica concentrada no Juízo da Infância da Comarca da Capital, tendo em vista a maior gravidade da medida, enquanto as demais medidas (liberdade assistida, prestação de serviços à comunidade etc.) seguem o critério territorial (artigo 147 do ECA).

Uma outra alternativa seria a aplicação ampla da competência territorial (artigo 147 do ECA), o que determina alteração do CODJERJ, visto que os Juízes da Comarca do Interior não têm a competência prevista no artigo 102 do CODJERJ.

Por último, pode-se manter o *status* que o legislativo proporcionou na última alteração e transformar a Vara da Infância e da Juventude da Comarca da Capital em efetiva Vara de Execuções de medidas socioeducativas.

Naturalmente, entendo que o sistema até então aplicado é o mais apropriado, pois concentra as medidas socioeducativas de maior gravidade e a fiscalização das instituições na Vara da Infância e da Juventude da Comarca da Capital. No entendimento que o Juízo do Interior da Vara da Infância e da Juventude de Belford Roxo deve exercer, inclusive, a fiscalização, impõem-se a revogação do Ato Normativo 05/98 e alteração da redação do artigo 102 do CODJERJ.

A verdade é que, s.m.j. e subcensura, ocorre com a atual Vara da Infância e da Juventude da Comarca da Capital o mesmo que ocorre com a Vara de Execuções Penais, ao menos nas instituições e casos pertinentes ao regime fechado (medida de internação): para propiciar uma unicidade de critérios, de entendimentos e concentração de estrutura material e humana e evitar decisões contraditórias (artigo 114, II, do Código de Processo Penal), a competência territorial do juízo se estende a todo o Estado ou nas cidades onde houver instituições de regime fechado (no caso atual, só o município de Belford Roxo).

Convém assinalar que existem hoje sete unidades fechadas (IPS, ESSE, ESD, EJLA, CTR, CTDQ localizadas na Comarca da Capital) e a CAI Baixada (em Belford Roxo).

Voltando ao tema central, até aqui o debate sobre o Direito Penal Juvenil pôde evoluir com base numa espécie de acordo tácito com os seus opositores. Os defensores, de certo modo, optaram pela argumentação preponderante em torno das prerrogativas processuais, ou seja, por uma ótica garantista, inspirada pelos princípios de redução de danos do direito penal mínimo, e tanto quanto possível abstraindo ou negando as implicações penais no que se refere à imposição e execução das medidas.

A fórmula de ouro até aqui adotada como leito dos avanços político-doutrinários em torno do tema tem sido que "a medida socioeducativa tem natureza penal, mas finalidade pedagógica".

A partir desse ponto, todos os benefícios oriundos da sistemática do Direito Penal (quanto ao Processo Penal, o ECA já o admitia por regra expressa, art. 152) passaram a ser mais facilmente

admissíveis como matéria de defesa de adolescentes, tanto quanto se pôde passar a dispor de argumentos jurídicos para evitar a confusão (ainda presente em certa jurisprudência) entre a proteção e a repressão penal dos atos cometidos por adolescentes infratores.

A complexidade do trato das questões relativas ao adolescente infrator, cumprindo ou não medidas socioeducativas, exige um substancial e urgente aperfeiçoamento do atual sistema correcional. A adolescência se caracteriza pelos conflitos internos do próprio indivíduo, pela existência de crises e de ajustes sociais, muitas vezes litigiosos. Essas características, associadas à baixa escolaridade, às dificuldades socioeconômicas e culturais que muitas vezes levam à promiscuidade e ao uso indiscriminado de drogas ilícitas que culminam com a dependência física ou psíquica, aliadas às próprias deficiências das atuais instituições responsáveis, representam os principais obstáculos que impedem a correta aplicação de medidas que visem à recuperação do adolescente em situação de risco pessoal e social.

Os atos infracionais, nas Capitais dos Estados do País, praticados por crianças e adolescentes têm crescido assustadoramente. Atualmente, a maioria desses atos é cometida por adolescentes que reiteram atividades criminosas que se tornam cada vez mais graves diante da incapacidade do poder público. O tratamento dispensado a esses infratores, grande parte envolvidos com drogas, tem se revelado enormemente ineficaz. O índice relativo ao ato infracional equiparado a tráfico e uso próprio de drogas, respectivamente, por exemplo, temos a marca de 648 casos no município do RJ, em 2006, representando 18% do total de infrações cometidas nesse ano. Infrações contra o patrimônio (roubo, furto etc.) representam 1.326 casos de um total de 3.473 processos no curso de 2006.

No ano de 2002, o JIJ registrou 22.809 processos em andamento, contra 18.238 no ano anterior. No período de 01/01/2002 a 31/12/2002, foram proferidas 19.884 decisões e realizadas 2.140 audiências. Desse total de decisões, 3.601 referiam-se às sentenças com medidas privativas de liberdade, a saber: 2.255 de Internação Provisória, 366 de Internação e 980 de Semi-liberdade (Tab. 1). Nesse mesmo período foram expedidos 1.430 Mandados de Busca e Apreensão (MBA), contra, por exemplo, 687 expedidos em 2001. O Banco de Dados de MBA do JIJ, atualizado diariamente, registra uma

média mensal aproximada de 2.000 Mandados em fase de cumprimento. No ano de 2006, só para servir de parâmetro, foram proferidas 4.860 decisões e realizadas 3.989 audiências (100%). Desse total, 2.086 proferiram sentenças (52%).

Tab. 1: Estatística por Tipo de Decisão Proferida em 2002 até 2006²

DECISÕES	2002	2003	2004	2005	2006
Audiências Realizadas	2140	6395	6230	2426	3989
Abrigo em Entidade	56	00	21		15
Acompanhamento Psicológico	25	44	56		08
Advertência	564	337	541	381	528
Arquivamento Inicial	409	287	218	75	
Arquivamento por extinção	3996	1811	2480	2700	
Decisão de Improcedência	157	122	386	316	
Decisão de Reav. Manutenção	478	378	376		
Decisão de Reav. Progressão	685	423	459		
Decisão de Rev. por Imputabilidade	142	95	50	12	
Decisão de Exp. de MBA	1430	1680	1079	77	
Decisão após Interp. Recursos	110	128	75		
Designação de Audiências	2457	3372	4625	3211	
Encaminhamento -TAD	156	184	156		
Encaminhamento ao Grupo de Pais	28	460	258		
Inform. HC ou Similares	782	894	784		
Internação Provisória	2255	1124	968	587	1094
Matr. e Freq. em Estabel. Ensino	114	23	400		04
Orientação, Apoio, Acomp. Temporário	28	24	56		01
PSC	58	62	47	10	23
Remissão Extrajudicial	431	311	158		37
Remissão Judicial	714	304	180	347	
Sentença com Internação	366	337	371	157	376
Sentença com LA	749	681	755	302	754
Sentença com SL	980	1014	990	371	483
Sentença com SL - outra Comarca		41	49		
TOTAL	19310	20531	21768	11559	8644

² Fonte: Juizado da Infância e da Juventude - CECADE -

- ano de 2005: (total de medidas não especificadas - 587)
- ano de 2006: (total de medidas não especificadas - 1332)

O quadro nas outras grandes capitais, deve refletir percentuais semelhantes.

Registre-se, por relevante, que não se pode medir a eficiência de um Juízo da Infância e da Juventude pela equação, representada pelo número de sentenças em confronto com o número de processos em andamento, pois o que importa não é se ter uma decisão, mas que essa decisão produza o efeito de afastar o risco da reincidência.

Assim, há que se decidir bem, e nem sempre isso é possível de se conciliar com a visão da rapidez e celeridade.

No regime de Semi-liberdade (SL), nos cinco Centros de Recursos Integrados de Atendimento ao Menor (CRIAM) da Capital do Estado do Rio de Janeiro, as necessidades ultrapassam bastante as disponibilidades existentes. No que se refere às medidas de Internação, segundo a Tabela abaixo, observa-se superlotação em quatro Unidades. Se levarmos em conta os 2.486 Mandados de Busca e Apreensão expedidos pela VIJ (dados de abril de 2007), existentes atualmente, teríamos, necessariamente, uma insustentável superlotação de todas essas Unidades de Internação.

Esses quantitativos, os não menos alarmantes índices de evasões e reincidências, demonstram a necessidade urgente de projetos abrangentes voltados para essa realidade, com o objetivo de dar pleno cumprimento ao que estabelece o Estatuto da Criança e do Adolescente, possibilitando a reeducação e a reintegração do jovem à sociedade e à família. Hoje, as Unidades de execução das medidas socioeducativas não se ajustam a essa finalidade. O adolescente não é submetido a um tratamento adequado de reconstrução moral e ressocialização.

Tabelas 2 e 3: Quantidade de Crianças/Adolescentes Abrigados por Entidade

Local de Cumprimento	Capacidade	População
Instituto Padre Severino (IPS)	160	310
Educandário Santo Expedito (ESE)	250	151
Centro de Triagem (CTR)	42	58
Educandário João Luiz Alves (EJLA)	120	64
CAI Baixada	80	147
Educandário Santos Dumont (ESD)	36	40
TOTAL	688	770

Tab. 2: Estatística por Unidade de Internação, março de 2003³

	CAPACIDADE	2004	2005	2006	(19/06/2007)
EJLA	120	103	128	117	121
ESE	250	175	310	267	218
CAI	80	164	229	157	152
ESD	36	45	44	34	25
IPS	160	-	234	178	204

Tab. 3: Estatística por Unidade de Internação, março de 2004 a 2006 e jan/junho de 2007⁴

O Poder Judiciário, na verdade, tem um imprescindível papel de gerenciar não apenas o julgamento dos adolescentes, mas principalmente a eficiência da execução das medidas, a fim de conjurar o risco da reincidência ou reiteração no cometimento dos atos infracionais.

O papel do Juiz é expressar solução aos pleitos, aplicando o Direito. Suas decisões, por isso mesmo, devem conter os elementos positivos constantes do processo, compostos objetivamente, sem que

³ Fonte: 2ª Vara da Infância e da Juventude - DECEMI - março de 2003. Estes dados foram colhidos em determinados dias. Estes números podem sofrer variações e certamente são diferentes a cada dia, em que a movimentação forense pode oscilar para mais ou para menos.

⁴ Fonte: Juizado da Infância e da Juventude março de 2004 a 2006 e jan/junho de 2007. Estes dados foram colhidos em determinados dias. Estes números podem sofrer variações e certamente são diferentes a cada dia, em que a movimentação forense pode oscilar para mais ou para menos.

insuflam as paixões que os decisórios podem suscitar. Entretanto, a serenidade do Juiz não se traduz no cruzar os braços, ou na indiferença dos problemas da vida política, social ou pública. Por essa razão, estão sempre abertos a buscar soluções e minimizar os inúmeros problemas.

Destarte, mesmo sabendo que os Juízes e o Poder Judiciário são vítimas de contínuas injustiças quando são julgados, sempre estão prontos para o julgamento da sociedade: o Poder Judiciário cumpre o seu papel no *julgamento e na imposição de medidas socioeducativas* para ressocialização dos adolescentes infratores. Mais de 65% das decisões impõem medidas não restritivas de liberdade e o Poder Executivo, que tem o papel de executá-las (todas), por falta de recursos materiais, humanos e estruturais, não dá conta, não oferece a retaguarda necessária para o tratamento socioeducativo adequado. Assim também ocorre com uma parcela menor, a dos adolescentes que sofrem medidas restritivas de liberdade. Há necessidade de um aprimoramento das instituições, uma ampliação do leque de alternativas ao trabalho socioeducativo.

A ressocialização dos adolescentes se dá no confronto de dois interesses: o de parte da sociedade que deseja trancafiar os adolescentes e o do Estado que manifesta a intenção de reduzir o segregamento como solução para o cumprimento de seu papel. Situa-se os magistrados no meio dos interesses em conflito, mas como já foi dito, a ressocialização só é completa quando passa por três fases: a decisão judicial, a retaguarda para o seu cumprimento e a compreensão da sociedade em receber o adolescente com uma certa probabilidade de se adequar às condições mínimas de vida em comunidade. Só a primeira fase é de inteira responsabilidade do Judiciário. O Juiz, quando impõe uma medida, seja ela qual for (e as restritivas de liberdade são em minoria), no momento da sentença, parte da crença de que quem vai executá-la (seja quem for) exercerá uma ação educadora e preparará o infrator para uma vida livre. Contudo, corrigir e reeducar o adolescente infrator, utilizando-se de métodos pedagógicos e recuperando-o gradualmente, é função primária do Poder Executivo. Receber o infrator após o tratamento socioeducativo, colocando-o no caminho da honrosa adaptação ao

trabalho, dos estudos e do respeito às normas da vida coletiva, é papel da sociedade como um todo, e não apenas do Judiciário.

Mas também, não se pode negar que o número de adolescentes habitualmente reincidentes na faixa etária entre 16/18 anos, ou que praticam atos infracionais por tendência, aumenta a cada dia, talvez devido a um tratamento inadequado no passado, na primeira passagem. *O Poder Executivo não tem retaguarda suficiente para acolhê-los, o que exige do Judiciário uma interrupção do tratamento socioeducativo antes de se visualizar uma probabilidade de eliminação do risco de reiteração de condutas infracionais* (as reavaliações das medidas são feitas a cada dois ou três meses). Por outro lado, não se pode adotar como regra inviolável o afastamento dos adolescentes infratores de ocasião, de acaso ou de emergência ou os autores de atos meramente convencionais, das medidas restritivas de liberdade, embora nesses casos elas quase nunca sejam aplicadas. Essa atitude traria graves prejuízos à função intimidativa ou de coação psicológica que representa, às vezes, a única arma disponível da qual o Juiz lança mão para uma tentativa de ressocialização e que, na maioria dos casos, se mostra como a mais eficiente. Além disso, se fossem atingíveis apenas os perigosos, aos não perigosos se daria um prévio salvo-conduto para a prática de crimes, o que seria um despropósito.

Há que se registrar, também, que os adolescentes que cumprem medidas socioeducativas não dispõem de hospitais especializados para tratamento de doenças graves. A título de comparação, o DESIPE/RJ tem sete unidades hospitalares, enquanto que o DEGASE/RJ, além de não ter nenhuma unidade especializada, apresenta graves deficiências no que se refere ao atendimento do adolescente em regime de internação ou semiliberdade.

Torna-se urgente, pois, algumas modificações e/ou ampliações no quadro atual das Instituições responsável pelo cumprimento das medidas correccionais aplicáveis aos adolescentes infratores, em particular àquelas restritivas de liberdade. Essas modificações devem, sem dúvida alguma, observar a realidade atual e sua evolução, garantindo proteção à comunidade e ao

mesmo tempo dando ao infrator o direito de plena recuperação de sua dignidade, reintegrando-o numa Sociedade que desejamos melhor e mais justa.

Assim é que, além de se ter que contar com instituições melhores, quantitativa e qualitativamente, há que se dar aos operadores do direito uma gama maior de ferramentas para que a lei, a sentença e a execução da sentença a cargo dos técnicos (psicólogos, assistentes sociais, educadores, agentes etc.) possam ser proficientes.

E é nesse campo que cumpre avançar agora, não para sustentar e validar, como desejáveis, os tais componentes punitivos, mas para um mero reconhecimento de que sejam chamados como forem, a sanção penal juvenil não se completará sem atender a ambos os aspectos, ou seja, deverá necessariamente compatibilizar punição com tratamento, garantia da ordem pública com garantia de direitos humanos, verticalidade e horizontalidade, autoridade e autonomia, controle e apoio, limite e afeto. Insista-se: trata-se de dois vetores indissociáveis na composição de um contexto de disciplina social e que se, a bem de uma dificuldade semântica, um deles permanecer sendo negado, o conjunto do sistema em que se aplicam permanecerá confuso e tão instável no campo operacional quanto controvertido no campo político, como vem sendo o caso do sistema socioeducativo disposto pelo ECA.

Essa crença de que, por força do discurso diverso, a resposta jurídica ao crime juvenil possa ser outra que não a resposta penal, constitui a contrapartida do pensamento mágico do extremo oposto, que acredita nas punições como apanágio de todos os males.

Sendo assim, o passo evolutivo seguinte é admitir que, não somente no que se refere à sua natureza jurídica, mas também no atinente à sua finalidade, a medida socioeducativa pertence ao gênero das sanções penais.

Em verdade, a ordem jurídica brasileira conhece três respostas sancionatórias ao delito que guardam natureza jurídico-penal. A pena aplicável ao maior de 18 anos, a medida de segurança aplicável ao adulto psiquicamente incapaz, e a medida socioeducativa aplicável ao adolescente, considerado biologicamente incapaz.

Como elemento comum entre todas, a coercividade, ou seja, a autorização para o emprego da força pública na contenção física do infrator. E das algemas e grades, que são as ferramentas penais correspondentes.

Por oportuno, anote-se que a aplicação da medida protetiva à criança (menor de 12 anos) infratora seria a única hipótese de resposta sancionatória ao crime de natureza e finalidade exclusivamente não-penais (não-coercitivas) atualmente possível no sistema jurídico brasileiro.

Note-se que todas as três modalidades de sanções penais listadas são diferentes quanto aos destinatários, contemplando peculiaridades subjetivas distintas, e, conseqüentemente, respeitam dinâmicas de execução e condições de atendimento diversas.

Todas elas, porém, devem contemplar cargas ponderáveis de garantia da ordem pública (incluindo eventuais aspectos retributivos) e de respeito aos direitos individuais (priorizando aspectos sociopedagógicos) as quais, devidamente sintetizadas, deveriam permitir a readequação comportamental que, tanto para o adulto quanto para o menor, e até mesmo para os portadores de sofrimento psíquico, seria o resultado intencionado pela aplicação da sanção penal.

Em conseqüência: medida socioeducativa, tal como disciplinada no ECA, é modalidade de sanção penal que nem se confunde com tratamento, nem autoriza impunidade. Ao contrário, agrega efeitos de controle impositivo (tradicionalmente lidos como punitivos) a efeitos educativos, assistenciais e terapêuticos, para gerar, em sua combinação, um terceiro e distinto vetor de pacificação social que, numa linguagem já amplamente consagrada, poderíamos denominar de efeito restaurativo. Aqui caberia uma digressão para adentrar num assunto novo e de muita importância para a recuperação do criminoso, que é a justiça restaurativa, tema, entretanto, que será abordado em outra oportunidade.

O Direito é aplicado pelo Poder Judiciário, através da legítima provocação das partes, por via do Ministério Público (Defensor da Sociedade) e dos Advogados (Defensores do Povo) e o Juiz segue e cumpre a Lei; urge que se produzam reformas na Lei para que o Direito seja melhor aplicado e esteja mais de acordo com a realida-

de social. Vamos então analisar a lei como ela se põe hoje: Assim o art. 75 do Código Penal estabelece o seguinte:

Art. 75 - O tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade não pode ser superior a 30 (trinta) anos. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§ 1º - Quando o agente for condenado a penas privativas de liberdade cuja soma seja superior a 30 (trinta) anos, devem elas ser unificadas para atender ao limite máximo deste artigo. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

O art. 112 da Lei 7.210/84 (Lei de Execuções Penais) estabelece que:

Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão. (Redação dada pela Lei nº 10.792, de 1º.12.2003)

Assim, por hipótese, se um criminoso foi condenado a 50 (cinquenta) anos, sua pena máxima será de 30 (trinta) anos e atingindo um sexto da pena, ou seja, 5 (cinco) anos, será ou poderá ser inserido num regime mais brando, no caso passará do regime fechado para o regime semi-aberto.

No caso de adolescentes infratores, a Lei 8.069/90 estabelece o seguinte:

Art. 121. A internação constitui medida privativa da liberdade, sujeita aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

§ 2º A medida não comporta prazo determinado, devendo sua manutenção ser reavaliada, mediante decisão fundamentada, no máximo a cada seis meses.

§ 3º Em nenhuma hipótese o período máximo de internação excederá a três anos.

§ 4º Atingido o limite estabelecido no parágrafo anterior, o adolescente deverá ser liberado, colocado em regime de semi-liberdade ou de liberdade assistida.

§ 5º A liberação será compulsória aos vinte e um anos de idade.

Desta forma, por hipótese, se um adolescente de 17 (dezesete) anos de idade, pela prática de um crime de homicídio, for condenado a cumprir a medida socioeducativa de internação (regime fechado), esta se dará pelo prazo máximo de três anos, ou seja, até os 20 (vinte) anos e o jovem-adulto, poderá, até os 21 (vinte e um) anos cumprir a medida de semi-liberdade ou de liberdade assistida, pelo prazo de 1 (um) ano, totalizando o máximo de 4 (quatro) anos de medida socioeducativa.

Contudo, repetindo o exemplo já mencionado neste texto: *se um adolescente pratica um latrocínio quando conta 14 (quatorze) anos de idade em co-autoria com outro adolescente de 17 anos e 8 meses, o primeiro poderá ser submetido às medidas socioeducativas por 7 (sete) anos passando ou podendo passar por todas as etapas do sistema progressivo de execução de medidas (internação, depois semi-liberdade, e em seguida liberdade assistida). Terá sete anos para isso. Pode ser menos, dependendo de vários fatores. Mas o outro jovem de 17 anos e oito meses, pelo mesmo ato, só poderá ser submetido às medidas socioeducativas por três anos e quatro meses, já que a liberação compulsória se dará aos 21 anos. Nem um dia a mais.*

Urge então, que se alterem alguns dispositivos legais acima mencionados para se dar um prazo maior de cumprimento da medida socioeducativa com vistas a ampliar as possibilidades de recuperação do adolescente infrator e permitir, também, uma resposta penal mais equilibrada com a gravidade da infração praticada.

Vejamos:

a) o art. 112 da Lei 8.069/90 passaria a ter mais um parágrafo para permitir o cumprimento de todas as medidas socioeducativas até o limite de 24 (vinte e quatro) anos. As-

sim, acréscimo: § 4º as medidas previstas nos incisos I a VI do caput deste artigo poderão ser cumpridas até o limite previsto no art. 121 § 5º, devendo haver separação por critérios de idade, compleição física e gravidade de infração, em locais distintos.

OBS. *Justifica-se a exigência de separação para evitar que jovens de 20 anos sejam colocados juntos com os de 13 anos e a possibilidade de cumprimento das medidas de liberdade assistida, reparação do dano etc. é justificada para permitir uma progressão gradual do regime mais severo (fechado) para o mais brando, a fim de facilitar ou viabilizar a recuperação do infrator. Obviamente o jovem cumprirá medida até os 24 anos se o fato for praticado antes de o mesmo completar 18 anos (art. 104 da Lei 8.069/90, que diz: Art. 104. São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às medidas previstas nesta Lei. Parágrafo único. Para os efeitos desta Lei, deve ser considerada a idade do adolescente à data do fato.). Se o jovem praticar o ato após completar 18 anos, ele entra direto no sistema penal adulto. Há ainda que se esclarecer que os limites da ação do poder judiciário são muito menores por conta do entendimento consagrado em parte da jurisprudência no sentido de não permitir a aplicação da Lei 8.069/90 a quem tem mais de 18 anos⁵. Isso cria uma faixa de impunidade e aniquila todas as possibilidades de recuperação aos jovens com mais de 17 anos. Somen-*

⁵ *Revista do Direito do TJ/RJ* n. 63 p. 114-115. Acórdãos no sentido de não ser mais possível a aplicação de medidas socioeducativas àqueles que contam com mais de 18 anos de idade a partir da vigência do Novo Código Civil: 2003.059.00120 Des. Luiz Leite Araujo-2004.059.04040 Des. Eduardo Mayr-2004.059.03939 Des. Eduardo Mayr-2004.059.04031 Des. Marco Aurélio Bellizze-2004.059.04056 Des. Marco Aurélio Bellizze-2004.059.04081 Des. Marco Aurélio Bellizze-2004.059.03472 Des. Moacir Pessoa de Araujo-2004.059-040026 Des. Motta Moraes-2004.059.03357 Des. Maurílio Passos Braga-2004.059.03944 Des. Helio de Farias -2004.100.00030 Des. Marco Aurélio Bellizze-2004.100.00167 Des. Ricardo Bustamante-2004.059.02805 Des. Sergio Verani - Acolhendo posição diversa, transcrevemos acórdãos no sentido de considerar que o NCC não revogou as disposições contidas no ECA: 2003.059.01225 Des. Claudio Oliveira-2003.059.01920 Des. Paulo Cesar Salomão -2003.029.00450 Des. Carlos Raymundo Cardoso-2003.059.00422 Des⁸ Telma Musse Diuana-2003.059.03336 Des. Giuseppe Vitagliano-2004.059.06614 Des. Ângelo Moreira Glioche-2004.059.04386 Des. Paulo Leite Ventura-2004.059.01711 Des. Azeredo da Silveira-2004.059.06411 Des. Roberto Guimarães-2004.059.06454 Des⁹ Suely Lopes Magalhães-2003.059.04067 Des. Ricardo Bustamante -2004.059.05188 Des⁸ Marly Macedônio-2004.059.03823 Des. Murta Ribeiro-2004.059.05354 Des. Sergio Verani-2004.100.00051 Des. Manoel Alberto-2004-100.00018 Des. Alexandre Varela -2003.100.00061 Des. Luiz Leite Araujo.

te com a alteração legislativa proposta será possível aplicar todos os instrumentos socioeducativos destinados a recuperação dos jovens em conflito com a lei.

b) Há necessidade de alterar o prazo máximo de internação de 3 (três) para 5 (cinco) anos. Pelo seguinte: se hoje o adulto pode cumprir até 5 anos no regime fechado (1/6 de 30 anos) para tornar a Lei 8.069/90, quantitativamente, semelhante ao sistema penal adulto quanto ao tempo de permanência no regime fechado, há que se estabelecer um aumento do prazo de internação em mais 2 anos, passando a projeção a ser feita em cima dos 30 anos (1/6 = 5 anos art. 75 c/c 112 da Lei 7.210/84) e não em cima dos 18 anos (1/6 = 3 anos) como é feita hoje. Dessa forma, sugerimos que o art. 121 § 3º tenha a seguinte redação: **Art. 121. A permanência do preso fora do estabelecimento terá a duração necessária à finalidade da saída e não excederá a cinco anos.**

OBS. Assim, um jovem que praticar o fato aos 17 anos, poderá (se alterado o limite de idade de libertação compulsória para 24 anos) cumprir a medida em regime fechado até os 22 anos, podendo ser inserido no regime semi-aberto por 1 ou 2 anos, além de ir para o regime aberto (liberdade assistida) por pelo menos 1 ano, para facilitar e viabilizar sua inserção na sociedade. Daí reprimarmos o que foi dito acima: a internação será mais ampla, permitindo um justo equilíbrio entre a resposta punitiva e um maior prazo de recuperação.

A passagem do jovem institucionalizado por todas as etapas do sistema progressivo de execução de medidas é imprescritível para o êxito da reinserção social e familiar e para conjurar o risco da reincidência ou prisionalização adulta.

c) alterar o art. 121 § 5º para estabelecer o limite de idade para cumprimento de medidas socioeducativas no patamar de 24 anos. Justifica-se a proposição porque hoje o jovem que comete um fato aos 17 anos e 11 meses de idade poderá sair do regime fechado (internação) compulsoriamente após três anos (art. 121 § 3º da Lei 8.069/90, redação atual) e terá apenas um mês para ser inserido no regime de transição (semi-liberdade

ou liberdade assistida art. 121 § 4º da Lei 8.069/90) até ser obrigatoriamente liberado ao completar 21 anos. Com a ampliação do prazo de internação de três para cinco anos e a ampliação da idade-limite para 24 anos, o sistema sócio-educativo terá mais dois anos (e não só um mês) para fazer essa transição, pois na mesma hipótese, ou seja, fato praticado aos 17 anos e 11 meses, o regime fechado (internação) poderá ir até a idade de 21 anos e 11 meses e os regimes de transição (semi-aberto e semi-liberdade) e aberto (liberdade assistida), poderão se estender até os 24 anos (mais dois anos), o que é razoável para exigir-se das equipes técnicas socioeducativas uma maior eficácia na recuperação dos infratores, diminuindo a violência e mudando a realidade do sistema prisional adulto, que terá menos jovens recém-saídos das unidades destinadas aos adolescentes infratores. Isso sem falar na possibilidade de se acabar com a impunidade para aqueles que, por não cumprirem as medidas socioeducativas (evadidos) são considerados fugitivos da justiça e quando apreendidos ou presos após completarem 21 anos (no sistema atual) têm uma absoluta imunidade, não respondendo pelos seus atos pretéritos.

OBS. *Com a alteração proposta, a imunidade será alcançada três anos após (aos vinte e quatro anos), dando um prazo maior para o aparato judicial e o policial cumprirem o seu dever. Além disso, como já se disse amiúde, poderá fazer com que se tenha uma eficiência maior no sistema socioeducativo com vistas a recuperação dos infratores.*

d) Finalmente propõe-se a alteração do art. 122 da Lei 8.069/90, para permitir a internação em caso de qualquer crime hediondo e ampliar o prazo de internação-sanção para 1 ano (quando houver injustificado descumprimento das medidas), por ser extremamente curto o prazo atual (três meses) que aparenta ser mais um prêmio pelo descumprimento do que uma sanção para estimular o cumprimento da medida (art. 122 A medida de internação só poderá ser aplicada quando: I - tratar-se de ato infracional cometido mediante grave ameaça ou violên-

cia a pessoa; § 1º O prazo de internação na hipótese do inciso III deste artigo não poderá ser superior a três meses). Alteração proposta: I - tratar-se de ato infracional equiparado a tráfico de entorpecentes, ou hediondo ou praticado mediante violência ou grau de ameaça a pessoa: § 1º igual alterar o prazo para 1 ano.

OBS. *Justifica-se a proposição por ser extremamente inadequada para a ressocialização, uma vez que estimula o descumprimento da medida anteriormente imposta. Exemplificando: um adolescente em regime fechado teve sua medida progredida, após oito meses de internação, para o regime semi-aberto. Evadiu-se do Criad (Unidade no RJ que executa a medida de SL). Apreendido, volta a ser encaminhado ao Criad. Foge novamente. Apreendido mais uma vez, terá, em tese, a aplicação de internação-sanção, pelo prazo máximo de três meses, ao invés de se submeter a nova internação, onde será reiniciado o trabalho socioeducativo que foi mal sucedido (tanto que levou à evasão). Ora, se um trabalho de oito meses não deu certo, o que poderá ser feito em três meses para dar resultado? Definitivamente, o prazo de três meses é muito curto. Aqui no Rio de Janeiro, temos procurado como alternativa, no lugar de aplicar a internação-sanção, substituir a medida de semiliberdade pela de internação⁶. Mas parte da*

⁶ Segue decisão referida: Vistos, etc.

Trata-se de adolescente apreendido por força de mandado de busca e apreensão expedido em decorrência de sua evasão do CRIAM, onde cumpria medida de semiliberdade.

O Ministério Público requereu a regressão da medida e a Defesa, entendendo tratar-se de caso sujeito aos fundamentos do art. 122, III, da Lei 8.069/90, requereu prévia oitiva do adolescente (designando-se audiência especial) e a limitação temporal do prazo da internação.

Data máxima vênua, a argumentação defensiva não merece prosperar, quer sob a ótica jurídica, quer sob a ótica prática e materialmente possível.

Primeiro, porque a evasão do adolescente do CRIAM demonstra que a medida aplicada mostrou-se ineficiente e inócua. Assim, pedagogicamente, em benefício do adolescente e de sua ressocialização, deve-se buscar outra medida que se mostre mais adequada.

Destarte, na esteira dos arts. 99 e 100 (c/c 113) todos da Lei 8.069/90, a medida de semiliberdade deve ser SUBSTITUÍDA pela de internação. Na verdade, à luz dos dispositivos legais enfocados, a medida é aplicada *REBUS SIC STANTIBUS*, não transitando em julgado, nessa parte, o *decisum*. A superveniência de fatos que indiquem ter sido a medida anteriormente aplicada, como no caso, inservível para a ressocialização do infrator, ocasiona a alteração da medida, como se fosse ela a primeira aplicada.

Segundo, diante desse mesmo raciocínio, a aplicação do art. 122, III, da Lei 8.069/90 é, na verdade, restrita aos casos, onde se recomenda a aplicação de medidas alternativas às restritivas de liberdade (internação, SL e LA), em que não é possível a aplicação da internação do adolescente *ab ovo* ou no momento da decisão.

jurisprudência não tem acolhido esse posicionamento, razão pela qual só a alteração legislativa, ampliando o prazo, resolveria o problema. Reprise-se que o prazo é de até um ano. Portanto, o juiz poderá estabelecer um prazo menor ou graduá-lo pelo número de evasões ou descumprimentos.

Com as mudanças propostas, acreditamos que os problemas da violência social serão equacionados em termos jurídicos permitindo aos profissionais do Direito uma melhor adequação à realidade.

A sociedade deseja que os criminosos (assim considerados os definitivamente condenados por decisão judicial) avassalem-se à reprimenda aplicada, seja ela qual for, na expectativa de que a punição, a pena os dissuadirá de novos intentos anti-sociais, ou, ao menos, durante o período em que estiver cumprindo a reprimenda não se dêem a mais ilicitudes penais. Alguns ainda alimentam a esperança, como nós, de que *a punição imposta e cumprida faça com que alguns criminosos reinstalem-se na aceitação dos interesses e valores socialmente preponderantes.*

Ninguém pode olvidar ou ignorar que as Leis devem ser cumpridas. Por todos. Pelos cidadãos e pelo Estado. Geralmente o descumprimento de uma Lei específica, a Lei Penal e seus desdobramentos, gera uma punição, após um processo judicial devida-

O dispositivo legal enfocado teve inspiração nos mesmos propósitos que levou o legislador a criar, com a reforma penal de 1984, a conversão da pena de multa não cumprida em pena privativa de liberdade.

Qualquer outro raciocínio, data vênua, nos levaria ao absurdo entendimento segundo o qual o adolescente internado que se evadisse três vezes, só poderia ser internado por três meses, e não por três anos, como autoriza a Lei (art. 121, § 3º e 5º).

Terceiro, e agora mencionamos os aspectos de ordem material, não é possível realizar-se audiência especial em todos os casos de descumprimento de medida. *AB IMPOSSIBILIA MEMO TENETUR.*

Veja-se que há cerca de 5.000 (cinco mil) Mandados de Busca e Apreensão expedidos. Realizamos, em média, 500 audiências por mês, despacham-se cerca de 4.000 processos mensalmente. Atende-se muitas partes, instituições, pessoas, por dia. Visita-se instituições, realiza-se visitas institucionais, dentre outras coisas. Tudo isso só com dois Juízes (um Titular e um Cooperador), apesar dos insistentes apelos (não atendidos) de se colocar pelo menos mais um Juiz. Se acolhidas todas as pretensões da Defesa, inclusive essa de realizarem-se mais audiências exigir-se-ão deveres e atribuições superiores às possibilidades humanas comuns. Portanto, audiências, só quando absolutamente indispensáveis.

Ex Positis, por todos esses argumentos, considerando a evasão falta grave e circunstância por si só capaz de substituir a medida anteriormente aplicada, Altera o *decisum* anterior na parte que aplicou a medida de Semiliberdade e substituo-a, na forma dos arts. 99, 100 e 113 da Lei 8.069/90, pela medida INTERNAÇÃO, a qual será reavaliada no prazo de noventa dias. Intime-se. Comunique-se. Ciência ao MP, Defesa. Procedam-se as anotações e providências devidas.

Expediente de estilo.

GUARACI DE CAMPOS VIANNA - Juiz de Direito

mente garantido pelos cânones processuais modernos (ampla defesa, contraditório, provas conclusivas, juiz natural etc.) e pela quase sempre efetiva observância de Leis legitimadas socialmente, as quais garantem o respeito às limitações fáticas da tipicidade, às demarcações qualitativas e quantitativas da pena, reverenciando-se com religiosidade um *devido processo legal*.

O dado é empírico, mas a experiência é intensiva. Quanto mais grave o crime, maior a culpa. Quanto maior a ameaça de punição, mais rigorosa a perseguição, maior o susto do infrator e o seu empenho defensivo, suas esquivas, suas evasivas e sua tendência a tangenciar a responsabilidade pela infração. Não é somente perante as malhas da lei que o acusado tenderá ao ocultamento. Oculta a verdade de si próprio, da família, dos amigos, muitas vezes optando por um deslocamento do sentimento de vergonha, ao invés de buscar sua assimilação e elaboração. Psicologicamente, poderá ser menos doloroso ao infrator cumprir 15 anos de prisão do que ouvir por 30 minutos o relato gravado do sofrimento da viúva e dos órfãos da vítima do seu latrocínio. A duração da privação da liberdade, num contexto de auto-ocultamento assim, que tende a ser tanto maior quanto mais grave o crime e mais trágicos os seus efeitos, será a sinalização possível do princípio de realidade. O tempo de internação destina-se a permitir a confrontação com a realidade e a internalização do quanto censurável foi o ato. A princípio, numa assimilação objetiva e concreta, representada pela gravidade da sanção. O tempo da medida fixado concretamente na sentença será do imperativo do princípio da realidade, representado abstratamente na lei. Um sinalizador do grau de reprovabilidade penal da conduta. Pouco a pouco, por um processo de desvelamento que, àqueles que se abrirem à verdade, o fluir do tempo haverá de permitir o florescimento de novas e verdadeiras - por mais que dolorosas de confrontar - perspectivas existenciais.

Essa concepção é perfeitamente compatível com a prática do ECA, e vem amparada pelos princípios da Justiça Restaurativa. É uma prática que já se possibilita com a sistemática atual do ECA e que, no mais das vezes, se mostra efetiva.

Porém, há casos (e muitos) em que os resultados não são alcançados. E a questão que fica é, então: se o jovem não percorrer essa trilha da restauração? O que sucederá, caso o jovem não se dispuser, por opção (já definitivamente identificado com a vida delitiva), ou por não dispor de recursos internos (porque resulta já em estruturação uma sociopatia) ou porque sua rede afetiva não lhe dá guarida ou continência? E porque tampouco se alcança o suprimento dessas faltas mediante os serviços da rede pública, enfim, se por alguma razão o infrator não oferecer, no caso concreto, condições de confiabilidade no sentido de que deixará de delinquir?

Diante de tais casos, precisaremos admitir que as medidas socioeducativas, dada sua natureza penal, têm, residualmente e por detrás do seu conteúdo educativo, também uma carga protetiva da ordem pública que não pode ser desprezada.

Numa perspectiva assim, o prazo máximo de duração das medidas privativas da liberdade, atualmente fixado em 3 anos, pode ser realmente insuficiente para despertar-lhe consciência e o sentido de realidade. Isso pode ser devido a limitações circunstanciais relacionadas ao infrator e seu entorno, ou próprio ao fato ou, admita-se, ao próprio sistema. E é o que eventualmente ocorre principalmente em relação a crimes contra a vida, notadamente cometidos com crueldade ou violência desmedida ou gratuita, ou, ainda, em situação de reincidência.

A experiência do cotidiano tem-nos demonstrado que, por maiores e mais qualificados que sejam os esforços dos operadores do sistema (cuja omissão ou ineficiência deveria ser fundamento para libertação por *habeas corpus*), em alguns casos os adolescentes (e suas redes de apoio afetivo) não se mostrarão capazes de responder ao investimento feito, nem acompanharão as expectativas neles depositadas.

E, diante disso, como responder? Lavar as mãos e depositar a responsabilidade nas falhas do sistema, convindo em que a sociedade deverá arcar com os custos dos próximos crimes do infrator não-colaborativo ou recuperado?

Com efeito, o insucesso na reversão da trajetória delitiva dentro do prazo de 3 anos não nos autoriza a dizer que a "culpa é do

sistema" e que, se o sistema não "resolveu o problema" em 3 anos, não adianta ficar mais tempo com o jovem preso, porque não se resolverá mais. Esse tem sido o pressuposto implícito - o insucesso da medida é debitado exclusivamente ao sistema, ou seja, desprezando-se a responsabilidade concorrente do adolescente, da sua família, e da sua comunidade - onde aliás tudo começou.

Esse ocultamento da realidade do crime e do potencial de reincidência pelo só advento do prazo de 3 anos da internação, como se tudo se resumisse à ineficácia do sistema, é o fator de frustração contra o qual a sociedade, cada dia mais povoada de vítimas de violências, vem bradando, e com razão.

Os argumentos até aqui expostos objetivam contextualizar, do ponto de vista penal e das suas implicações criminológicas, alguns dos dispositivos jurídicos do ECA aos quais se atribui a impunidade de adolescentes.

É preciso lembrar que o Judiciário paulista foi aplaudido por toda a sociedade porque manteve a privação da liberdade de um ex-adolescente infrator, após os 21 anos de idade, aplicando dispositivos penais revogados, medida de segurança para os perigosos, e que há projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional restabelecendo a internação sem prazo determinado, sem limite de idade, apenas com base na constatação da periculosidade do infrator.

A bem da Justiça, porém, cumpre admitir e ressaltar alguns pontos em que a disciplina jurídica do ECA efetivamente vem se mostrando insatisfatória - não só do ponto de vista da opinião pública, mas também perante os operadores jurídicos e técnicos, tudo objetivando que se possa, respeitada a organicidade e o contexto do próprio sistema estabelecido na lei atual, pautar um debate sereno que seja capaz de melhor refletir e eventualmente alterar alguns dispositivos, como a seguir enunciados:

PONTOS PARA DEBATE:

- 1) O ECA traz uma concepção de Justiça Penal que pode servir de modelo penal para adultos e não, ao contrário.
- 2) Ampliar os prazos do ECA para não reduzir a idade penal.
- 3) Reconhecer a natureza jurídica penal das medidas socioeducativas.

As medidas socioeducativas têm natureza penal e, portanto, além do conteúdo educativo, elas comportam funções de garantia da ordem pública.

4) Admitir a frustração das abordagens socioeducativas em certos casos.

5) Ampliar o prazo máximo de internação para além de 3 anos.

6) Admitir a fixação do prazo máximo da medida na sentença. Autorizar a redução do prazo máximo fixado na sentença pelo Juiz da Execução.

7) Atendimento diferenciado aos maiores de 18 anos.

8) Admitir a redefinição, nesse contexto, do prazo máximo de reavaliação judicial da medida, atualmente fixado em 6 meses, reconhecendo-se que, em certos casos, a só gravidade da infração, pelo princípio da proporcionalidade, não autorizaria o abreviamento da medida (p. ex., um latrocínio, em regra, não seria compatível com a progressão da medida nos primeiros seis meses).

9) Dessa forma, é inevitável um estudo paralelo entre as penas e as medidas socioeducativas, o que tivemos oportunidade de realizar em outro trabalho⁷.

Evidentemente o panorama antigo e o atual da execução penal devem ser enfocados com o objetivo principal de verificar que o sentenciado desfruta de uma posição jurídica capaz de torná-lo senhor de direitos e sujeito a deveres, uns e outros demarcados em Lei. Adere-se-lhe uma nova dimensão jurídica, o "status de recluso", como a denomina CARNELUTTI,⁸ onde o sentenciado adquire novos direitos, particulares e indissociados da concisão de encarceramento em que se encerra.

Partindo-se dessas assertivas, tem-se que para que haja uma execução penal harmonizada às técnicas de individualização e de tratamento, à observância da progressividade do regime prisional, é preciso primeiro que haja estabelecimentos fisicamente adequados. Depois material humano suficiente e capacitado. Somente com isso

⁷ VIANNA, Guaraci de Campos. *Direito Infante-Juvenil: Teoria, Prática e Aspectos Multidisciplinares*. Editora Freitas Bastos, 2004.

⁸ *Derecho Procesal Civil y Penal* - "Princípios de Processo Penal", v. II, p. 340.

se pode dizer se o sistema funciona ou não, se comporta ou não aprimoramentos.

O que se vê hoje é que através da persuasão do exagero e da ideologia da segurança, fomenta-se o desvio de questionamentos e cobrança de problemas de maior gravidade, inerentes à ordem social vigente e fomenta o escamoteamento de tais problemas, *como se a sùmula do caos se esgotasse na criminalidade reconhecida pela Lei e na prisionalização de seus autores.*

Os problemas que enfrentaremos são, sem dúvida, a crença doutrinária e até jurisprudencial, para nós falsa, de que os sistema é inútil. Estamos convencidos, *si et in quantum*, que não pode o sistema ser avaliado e nem tampouco julgado, porque ao longo da história brasileira ele, a não ser formalmente, nunca existiu e nunca foi aplicado ou usado em todos os seus fundamentos e práticas. Talvez seja preciso uma década de experimentos para se comprovar que estamos certos ou errados. Mas a crença de utilidade (ou a contrária) só poderá existir, *cientificamente*, quando houver aplicação integral do sistema progressivo, partindo do regime fechado, passando pelos regimes semi-aberto e aberto e chegando como ponto derradeiro, anterior à recuperação do criminoso, maior ou menor de idade, às penas ou medidas alternativas à privação de liberdade.

PROPOSTA ESPECÍFICA

ANTEPROJETO DE LEI

LEI Nº _____, de ____ de _____ de 2007.
Altera os Arts. 112, 121 e 122 da Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente)

Art 1º - Acréscimo do § 4º no Art. 112 da Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990, passa a vigorar com a seguinte alteração:

"Art....."
"§ 1º -"
"§ 2º -"
"§ 3º -"

"§ 4º As medidas previstas nos incisos I a VI do caput deste artigo poderão ser cumpridas até o limite previsto no art. 121 § 5º, devendo haver separação por critérios de idade, compleição física e gravidade de infração, em locais distintos"

Art. 2º - Alteração do § 3º e do § 5º do Art. 121 da Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990, passa a vigorar com a seguinte alteração:

"Art....."

"§ 1º -"

"§ 2º -"

"§ 3º Em nenhuma hipótese o período máximo de internação excederá a cinco anos".

"§ 4º -"

"§ 5º - A liberação será compulsória aos vinte e quatro anos de idade.

Art. 3º - Altera o inciso I e o § 1º do Art. 122 da Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990, passa a vigorar com a seguinte alteração:

"Art. 122 - A medida de internação só poderá ser aplicada quando:

"I - tratar-se de ato infracional equiparado a tráfico de entorpecentes, ou hediondo ou praticado mediante violência ou grau de ameaça a pessoa:

"§ 1º O prazo de internação na hipótese do inciso III deste artigo não poderá ser superior a um ano"

Art. 4º - Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Justificação:

A presente proposta é restrita exclusivamente a alterar a redação dos artigos 112, 121 e 122 da Lei 8.069/90, mediante a tramitação legislativa de uma lei ordinária.

Com as mudanças aqui propostas, acreditamos que os problemas da violência social serão equacionados em termos jurídicos permitindo que o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90), tenha uma melhor adequação à realidade, dan-

do aos profissionais do Direito, mais eficácia quanto a sua aplicabilidade aos casos concretos.

Buscamos então, algumas modificações no quadro atual. O cumprimento das medidas correcionais, aplicáveis aos adolescentes infratores, sem dúvida alguma, deve observar a realidade e a sua evolução, garantindo proteção à comunidade e ao mesmo tempo dando ao infrator o direito de plena recuperação de sua dignidade, reintegrando-o numa Sociedade que desejamos melhor e mais justa.

A idéia central é ampliar as possibilidades de recuperação dos adolescentes infratores, diminuindo a reincidência, aumentando-se o prazo de internação de três para cinco anos e a idade da liberação compulsória de vinte e um para vinte e quatro anos. Vejamos na prática: um jovem em conflito com a lei contando 14 anos de idade, tem um prazo de 7 (sete) anos para ser submetido a um tratamento socioeducativo, já que pelo art. 121 § 5º da Lei 8.069/90 a liberação compulsória se dá aos 21 anos de idade, ele pode ficar um tempo no regime fechado (internação), passar pelos outros regimes de transição (semi-liberdade e liberdade assistida) por períodos razoáveis.

Neste caso, um jovem em conflito com a lei com 17 anos e 10 meses terá apenas três anos e dois meses para submeter-se ao mesmo tratamento. As chances de se recuperar este jovem são infinitamente menores. Sem falar que se ambos cometeram o mesmo ato infracional, digamos um latrocínio, o tempo da medida socioeducativa seria diferente, em situações, a princípio equivalentes.

Inadequado também o prazo de três meses para a medida de internação por descumprimento injustificável de medida anteriormente imposta, uma vez que estimula o descumprimento da medida a ser cumprida. Um ano é o que se propõe por ser um tempo razoável para a recuperação. Exemplificando: um adolescente em regime fechado teve sua medida progredida, após oito meses de internação, para o regime semi-aberto. Evadiu-se do Criam (Unidade no RJ) que executa a medida de SL). Apreendido, volta a ser encaminhado ao Criam. Foge nova-

mente. Apreendido mais uma vez, terá, em tese, a aplicação de internação-sanção, pelo prazo máximo de três meses, ao invés de se submeter a nova internação, onde será reiniciado o trabalho socioeducativo que foi mal sucedido e que o leva à evasão. Definitivamente, os prazos atuais são muito curtos para a recuperação deste jovem. Além disso, as mudanças poderão fazer com que se tenha uma eficiência maior no sistema socioeducativo, com vistas à recuperação dos infratores, o que se refletirá no sistema penal adulto, uma vez que os adolescentes recuperados e inseridos na sociedade, não se tornarão adultos criminosos.

Desta forma, trazemos ao debate esta preposição, que para os operadores do Direito, assim como para todos, enquanto sociedade, tem a maior importância e urgência.

Brasília, _____ de _____ de 2007.

CONCLUSÕES

1) Somente com a melhoria quantitativa (construção de novas unidades) e qualitativa (capacitação de funcionários, aumento do quadro) e com a ampliação dos limites, prazos de cumprimento da medida (liberação compulsória aos 24 anos) será possível vencer esta guerra contra a reiteração da prática infracional (reincidência) e diminuição dos índices de violência e do número de prisioneiros adultos.

2) Existem muitas idéias e muitos projetos de alterações tópicas da Lei 8.069/90 (ECA) na parte criminal. Devemos ter o cuidado de produzir ou apoiar as alterações que mantenham o sistema progressivo de cumprimento de medidas socioeducativas e a idade de responsabilização penal aos 18 anos, ampliando-se, todavia os prazos de liberação compulsória para o limite de 24 anos e o prazo de internação para cinco anos, admitindo-se outras discussões.

3) Devem ser suprimidas as restrições de aplicação socioeducativas não restritivas de liberdade (liberdade assistida, prestação de serviços à comunidade etc.) aos jovens que tenham mais de 18 anos.

4) Justiças Estaduais devem proporcionar a criação de júzós exclusivos de execução de medidas socioeducativas, sobretudo ou

pelo menos para execução da medida de internação (regime fechado) para uniformização de critérios e unidade do sistema.

5) Sem prejuízo da assertiva anterior, o Juízo de execução pode (e deve) cumprir e executar a medida de acordo com os parâmetros fixados na sentença impositiva da medida e/ou estabelecidos no ato de delegação da execução da medida (carta precatória).

6) Devem ser proporcionados pelo Poder Executivo a criação e aprimoramento das unidades socioeducativas física, material e humanamente adequadas em quantitativo suficiente para atender a demanda judicial de processos.

7) Inimputabilidade penal não rima com impunidade. Quem faz tal confusão, age de má-fé e sem base na legislação brasileira e nas normas internacionais, das quais o Brasil é signatário.

8) Cabe assinalar que se a redução da maioria penal baixasse os altos índices de violência/criminalidade presentes na sociedade brasileira, as pessoas com mais de 18 anos não poderiam/deveriam praticar a esmagadora maioria dos mesmos.

9) Reduzir a idade penal é romper também com os tratados internacionais, dos quais o Brasil é signatário. As alternativas, portanto, não estão no endurecimento das penas.

10) É mais do que urgente e necessária a correta e efetiva aplicação das medidas socioeducativas definidas no Estatuto da Criança e do Adolescente. ☐

Apontamentos sobre Honorários Advocatícios na Fase de Cumprimento da Sentença no Processo Civil

Agostinho Teixeira de Almeida Filho
*Desembargador do TJ/RJ e Integrante do
Fórum Permanente de Direito do Consumidor
da EMERJ*

Na sistemática introduzida pela Lei 11.232/05, a execução de título judicial deixou de ser autônoma e transformou-se em fase do processo de conhecimento. Consagrou-se, assim, a teoria de que o procedimento judicial deve ser unitário e, por isso, compreender todas as fases processuais, inclusive a de execução do julgado. A tutela jurisdicional executiva passou a ser mais uma etapa processual. A partir dessa reforma começaram as divergências acerca da imposição de condenação em honorários advocatícios na fase de cumprimento da sentença. Isto porque a redação do artigo 475-J é omissa a esse respeito. A jurisprudência ainda é controvertida porque a matéria é nova.

Mas, a lei nova não aboliu a execução de sentença, apenas retirou-lhe a autonomia. A execução deixou de existir como processo autônomo. Tornou-se mero prolongamento do processo de cognição que deu origem ao título executivo. A solução adotada na reforma processual, prestigiando os princípios da efetividade e da celeridade da tutela jurisdicional, apenas extinguiu a dicotomia entre processo de execução e de conhecimento, que inspirou o legis-

lador de 1973. Com esse novo sistema criou-se um sincretismo entre o processo de conhecimento e o de execução.

Correto afirmar que a execução de título judicial continua a existir conquanto agora não mais se realize em processo autônomo, senão no próprio processo de cognição, como fase última e complementar do processo de cognição, conforme esclarece Alexandre Freitas Câmara¹:

"O primeiro ponto a ser examinado é o terminológico. O legislador reformista optou por dar ao novo Capítulo X do Livro I, Título VIII, do Código de Processo Civil o nome 'do cumprimento da sentença'. Isto não pode levar a pensar que não se estará aqui diante de execução. Esta não deixou de existir, mas tão-somente deixou de se realizar em processo autônomo em relação ao que gerou a sentença (...).

Pela nova sistemática do CPC, não haverá mais processo executivo, mas continuará a existir atividade executiva. Poder-se-ia então continuar a falar em execução de sentença. Aliás, é o que evidencia o artigo 475-I, ao dizer que o cumprimento da sentença que condena a pagar dinheiro se faz por execução."

O professor José Carlos Barbosa Moreira², sem dúvida alguma o maior processualista brasileiro, em precisa lição sobre o tema, elucida que:

"De acordo com a nova sistemática, os atos executivos devem praticar-se à guisa de prosseguimento do processo em que se julgou, sem solução de continuidade. Em outras palavras: passa a haver um só processo, no qual se realizam sucessivamente a atividade cognitiva e a executiva. Cumpre sublinhar que essa mudança em nada influi na distinção ontológica entre as duas atividades. Cognição e execução

¹ *A Nova Execução de Sentença*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1ª. Edição, ano 2006, p. 90.

² "A Nova Definição de Sentença". In *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, 2006, nº 39.

constituem segmentos diferentes da função jurisdicional. A lei pode combiná-los de maneira variável, traçar ou não uma fronteira mais ou menos nítida entre os respectivos âmbitos, inserir no bojo de qualquer deles atos típicos do outro, dar precedência a este sobre aquele, juntá-los, separá-los ou entremeá-los, conforme lhe pareça mais conveniente do ponto de vista prático. O que a lei não pode fazer, porque contrário à natureza das coisas, é torná-los iguais" (grifei).

Vê-se, assim, que a execução de sentença, como figura de direito processual, continua a existir, mesmo sem a autonomia de outrora.

E se assim é, o executado deve submeter-se ao pagamento de honorários, nos termos do artigo 20, § 4º, do CPC, que continua em pleno vigor. Cássio Scarpinella Bueno³, Doutor em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, registra:

*"Minha resposta a esta questão é no sentido de que são devidos honorários advocatícios para a 'fase' ou 'etapa' de execução - assim entendidas as atividades executivas que terão início, a pedido do exequente, esgotado **in albis** o prazo a que se refere o caput do artigo 475-J -, sem prejuízo de uma eventual (e muito provável) condenação anterior nesta verba como forma de remuneração do advogado na 'fase' ou 'etapa' de conhecimento. Esta diretriz, parece-me, decorre naturalmente da incidência do próprio artigo 20, parágrafo 4, na espécie que, portanto não foi derogado. Até porque este dispositivo não fez menção a processo de execução, a comportar interpretação mais ampla para incidir toda vez que se fizerem necessárias atividades executivas, sem necessidade de qualquer alteração legislativa, mas, apenas e tão-somente, de sua compreensão no contexto mais recente do Código de Processo Civil, no atual sistema processual civil. (...) honorários de advogado que serão devidos, sem prejuízo de outros, já arbitrados*

³ A Nova Etapa da Reforma de Código de Processo Civil, v. I, São Paulo, Saraiva, 1ª. Edição.

pelo trabalho desempenhado pelo profissional na fase ou etapa de conhecimento, pelas atividades que serão, a partir daquele instante, necessárias ao cumprimento forçado ou, simplesmente, execução do julgado. Não vejo, pelo que acabei de escrever, como negar a subsistência do arbitramento bastante usual no início do 'processo de execução', agora "fase" ou "etapa" executiva, dos honorários de advogado na hipótese de não-pagamento pelo devedor."

De fato, independentemente do nome que se lhe dê, "cumprimento" ou "execução" de sentença, o devedor que não cumpre espontaneamente o julgado deve sujeitar-se ao pagamento de honorários. Tanto antes da Lei 11.232/2005, como agora, depois das modificações por ela introduzidas, a causa para a fixação dos honorários na execução, ou no cumprimento da sentença, continua a mesma: a inércia do devedor, que não satisfaz voluntariamente a obrigação.

Pondo-se evidência no objetivo da reforma processual, percebe-se que o legislador, em boa hora, visou à concretização do pagamento ao credor em tempo razoável, desencorajando o inadimplemento resultante de procrastinação do devedor. E a imposição de honorários de sucumbência no cumprimento da sentença só reforça essa teoria. A exclusão dessa verba contribuiria de maneira indesejável para a perpetuação do velho sistema que o legislador fez questão de banir do ordenamento jurídico.

Além do mais, o não-cumprimento espontâneo da decisão acarreta para o credor o ônus de iniciar a fase de execução do julgado, com a necessidade de trabalho adicional para o advogado, o que justifica a imposição da verba honorária. Como é do conhecimento de todos, os honorários advocatícios que remuneram o profissional pela assistência técnica prestada ao cliente têm natureza alimentar. Assim, sujeitar o causídico a trabalho sem pagamento não seria justo, nem jurídico.

Enfim, ainda que não se trate de execução por meio de processo autônomo, como ficou reservado aos títulos extrajudiciais, são devidos honorários advocatícios, mesmo que não haja a impugnação do devedor, a exemplo do que ocorre nas execuções em geral, sejam elas embargadas ou não (§ 4º, artigo 20, CPC). ▣

Dano Moral Coletivo

Leonardo Roscoe Bessa

Promotor de Justiça, Mestre em Direito Público pela UnB, Doutorando em Direito Civil pela UERJ. Professor convidado em cursos de Pós-graduação de Direito do Consumidor e Direito Civil da Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS e Faculdade de Vitória - FDV.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo discute o denominado dano moral coletivo com o objetivo principal de evidenciar que sua configuração independe de qualquer afetação ou abalo à integridade psicofísica da coletividade e, ainda, que a categoria não se confunde com a indenização por dano moral decorrente de tutela de direito individual homogêneo. A condenação judicial por *dano moral coletivo* é sanção pecuniária, com caráter eminentemente punitivo, em face de ofensa a direitos coletivos ou difusos nas mais diversas áreas (consumidor, meio ambiente, ordem urbanística etc.).

A indefinição doutrinária e jurisprudencial concernente à matéria decorre da absoluta impropriedade da denominação *dano moral coletivo*, a qual traz consigo - indevidamente - discussões relativas à própria concepção do dano moral no seu aspecto individual.

Outro motivo ensejador de equívocos é a inexistência, no campo material, de uma teoria própria e sedimentada dos direitos metaindividuais, obrigando o intérprete e aplicador da lei a recorrer a institutos e conceitos impróprios para tentar solucionar complexos problemas inerentes à sociedade massificada que exige uma outra racionalidade.

O objetivo da lei, ao permitir expressamente a imposição de sanção pecuniária pelo Judiciário, a ser revertida a fundos nacional e estadual (art. 13 da Lei 7.347/85), foi basicamente de *reprimir* a conduta daquele que ofende direitos coletivos e difusos. Como resultado necessário dessa atividade repressiva jurisdicional surgem os efeitos - a função do instituto - almejados pela lei: prevenir a ofensa a direitos transindividuais, considerando seu caráter extrapatrimonial e inerente relevância social.

A compreensão acertada do *dano moral coletivo* vincula-se naturalmente aos direitos metaindividuais e aos respectivos instrumentos de tutela. Requer, ademais, análise funcional do instituto, o qual é multifacetado, ora se aproximando de elementos e noções de responsabilidade civil nas relações privadas, ora aproveitando-se de perspectiva própria do direito penal.

Assim a referência a tópicos da responsabilidade civil nas relações privadas individuais possui, antes de qualquer outro, o objetivo de demonstrar que nem todos os seus elementos podem legitimamente ser transportados para uma adequada definição do *dano moral coletivo*. De outro lado, o objetivo preventivo-repressivo do direito penal conforma-se mais com o interesse social que está agregado aos direitos difusos e coletivos.

Ao final, faz-se exame crítico de recente decisão do Superior Tribunal de Justiça, proferida em 19 de maio de 2006, no julgamento do Recurso Especial 598.281 que, por maioria, não reconheceu a possibilidade de dano moral coletivo em ação civil pública cuja causa de pedir foi a ofensa ao meio ambiente decorrente de atividade de empresa imobiliária.

2. DIREITOS COLETIVOS (*LATO SENSU*)

A discussão do *dano moral coletivo*, previsto na Lei 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública) e, também, na Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) exige alusão aos direitos coletivos.

Para alguns, o reconhecimento dos direitos coletivos ou difusos decorre de movimentos sociais que emergiram na virada da década de 50 para 60, representados por mulheres e negros norte-americanos e, em menor escala, por ambientalistas e consumeristas. Para os

européus, seriam considerados direitos de terceira geração, desdobramentos dos direitos de primeira e segunda geração.¹

A propósito, Bobbio esclarece: "Ao lado dos direitos sociais que foram chamados de direito de segunda geração, emergiram hoje os chamados direitos de terceira geração, que constituem uma categoria, para dizer a verdade, ainda excessivamente heterogênea e vaga, o que nos impede de compreender do que efetivamente se trata. O mais importante deles é o reivindicado pelos movimentos ecológicos: o direito de viver num ambiente não poluído."²

Paulo Bonavides alude a direitos de terceira geração como os emergentes "da reflexão sobre temas referentes ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, à comunicação e ao patrimônio comum da comunidade."³

Independentemente do nome que se dê a esses "novos" direitos ou interesses, ou até mesmo da identificação dos seus fatores, certo é que seu reconhecimento legal e doutrinário constitui mais um golpe na dicotomia direito público/privado. Afinal, a proteção dos direitos metaindividuais enquadra-se em qual ramo do direito? Arruda Alvim, aludindo à evolução da disciplina dos direitos coletivos, propõe a designação de *direito social*, justamente para indicar a dificuldade de enquadrar seu estudo em ramos ou divisões tradicionais do direito: "A esta área ou província do direito, que não é propriamente direito público nem privado, pode-se designar como direito social, regida por normas de ordem pública."⁴

Com integral razão, Consuelo Yoshida ao sustentar: "A visão holística, integrada e sincrética dos clássicos ramos, disciplinas, institutos e instrumentos jurídicos é a tendência dos últimos tempos, o que implica um nível maior de complexidade na compreensão, diagnóstico e solução dos conflitos individuais ou coletivos,

¹ Márcio Flávio Mafra Leal. *Ações Coletivas: História, Teoria e Prática*. Porto Alegre, Fabris, 1988, p. 98-101.

² *A Era dos direitos*. Rio de Janeiro, Campus, 1992, p. 06.

³ *Curso de direito constitucional*, 7ed., São Paulo, Malheiros, 1997, p. 523. O autor sustenta ainda a existência de direitos de quarta geração: o direito à informação, o direito à democracia e o direito ao pluralismo. *Ibid.* p. 525.

⁴ "Ação civil pública: sua evolução normativa significou crescimento em prol da proteção às situações coletivas". *In A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005, p. 74-75.

nas relações e interações múltiplas propiciadas pela sociedade contemporânea".⁵

O fato é que, sem embargo do progresso na matéria representado pelas leis processuais e também pelo debate doutrinário, ainda não existe, no campo material, um modelo teórico suficientemente preciso para indicar, com segurança, as soluções para os intrincados problemas que se colocam nesta área, forçando, muitas vezes, um recurso indevido a categorias jurídicas que servem para outras finalidades, como é o caso de se pretender transportar integralmente os pressupostos da responsabilidade civil nas relações privadas individuais para à compreensão do *dano moral coletivo*.

Sustenta-se, neste ensaio, que a apreensão adequada do *dano moral coletivo* requer análise funcional do instituto, o qual é multifacetado, ora se aproximando de elementos e noções de responsabilidade civil nas relações privadas, ora aproveitando-se de perspectiva própria do direito penal, especialmente no que diz respeito à sua função.

No Brasil, a discussão científica dos direitos coletivos se iniciou pela doutrina de direito processual, mais precisamente no momento em que surgiram diplomas legais disciplinando as ações coletivas. Aliás, é notável, nas duas últimas décadas, a crescente preocupação do legislador, tanto constituinte como ordinário, pela instituição, melhor disciplina e sistematização de meios processuais para tutela judicial e extrajudicial de direitos coletivos, também denominados *metaindividuais ou transindividuais*.⁶

Esta preocupação do legislador brasileiro em relação ao assunto se explica por vários fatores. Sob o aspecto sociológico e político, consigne-se a influência da doutrina italiana do *acesso à justiça* que, em síntese, procura oferecer novos caminhos, estatais ou não, para solução de conflitos próprios de uma sociedade de massas. Assistiu-se, nas últimas décadas, ao surgimento de movimentos so-

⁵ "Ação civil pública: judicialização dos conflitos e redução da litigiosidade". In *A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005, p. 113.

⁶ A propósito, afirma Hugo Nigro Mazzilli: "Interesses coletivos e difusos e individuais homogêneos sempre existiram; não são novidade de algumas poucas décadas. Nos últimos anos apenas se acentuou a preocupação doutrinária e legislativa em identificá-los e protegê-los jurisdicionalmente agora sob o processo coletivo." *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*. 17 ed., rev. ampl. e atual., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004, p. 58.

ciais, sem tradição histórica de confrontação, tais como dos negros, estudantes, consumidores, ambientalistas, homossexuais, todos em luta por novos direitos sociais nos mais diversos setores: segurança, saúde, habitação, educação transportes, meio ambiente, qualidade de vida etc. A configuração processual clássica - A versus B - mostrou-se absolutamente incapaz de absorver e dar resposta satisfatória aos novos litígios que acabavam ficando *marginalizados* e, gerando, em conseqüência, intensa e indesejada conflituosidade.

Acrescente-se o fato de que determinados direitos transindividuais - os difusos - por ausência de um titular específico, ficariam carentes de proteção jurisdicional e eficácia, se não houvesse um *representante* para levá-los à Justiça.⁷

Ademais, a solução concentrada de conflitos traz prestígio à Justiça ao evitar decisões contraditórias e diminuir o volume de processos, possibilitando resultados mais céleres.

Por fim, como destaca Ronaldo Porto Macedo Júnior, o outro fator, complementar aos demais, seria o reconhecimento de um *direito social* que se caracteriza por ser um direito das desigualdades, direito de grupos, que procura socializar os riscos e perdas sociais, direito que não pode ser mais encarado como a mera expressão de garantias dos indivíduos e sim como garantia de grupos, o que conduz, naturalmente, a duas outras características. O *direito social* é contraditório e possui uma forte dimensão política, pois o atendimento a direito de um grupo pode significar a preterição de outro grupo.⁸

O Constituinte de 1988 foi sensível a tais fatores, pois, a par de ampliar o catálogo de direitos materiais - ressaltando, em diversas passagens, um caráter coletivo e social - previu e realçou diversos meios processuais de tutela de interesses metaindividuais. A Constituição instituiu o mandado de segurança coletivo (art. 5º, LXX); pos-

⁷ Márcio Flávio Mafra Leal, em obra referencial sobre a origem e história da ação coletiva, assim sintetiza tal aspecto: "de fato, sem que houvesse o regime processual da ação coletiva, o cumprimento dos direitos difusos, em geral, de índole constitucional, ficaria relegado à implementação de políticas públicas, a cargo do Executivo e Legislativo, porque, como se trata de direitos atribuídos a uma entidade sem personalidade jurídica (*comunidade*), ficariam esses direitos sem apreciação por parte do Judiciário". *Op. cit.*, p. 74.

⁸ "A Ação civil pública, o direito social e os princípios". In: **Ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios**. Milaré, Edis (coord.) São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005, p. 562-563.

sibilitou aos sindicatos e associações defender em juízo interesses da respectiva coletividade (art. 5º, XXI e 8º, III); ampliou o objeto da ação popular (art. 5º, LXXIII); aumentou o número de legitimados para propositura de ação direta de inconstitucionalidade e, finalmente, fez referência expressa à ação civil pública, para a proteção do "patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos", cuja promoção é função institucional do Ministério Público, sem exclusão de outros entes (art. 129, III e § 1º).

No âmbito infraconstitucional, a preocupação com a eficácia dos interesses coletivos, *lato sensu*, refletiu-se na edição de diversos diplomas legais, com destaque para a Lei 4.717/65 (Lei da Ação Popular), a Lei 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública) e Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor).⁹

A Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/85) foi importante marco na evolução do direito processual coletivo, ao procurar conferir disciplina sistemática à matéria e também por conter amplo espectro de incidência, permitindo a judicialização de questões vinculadas ao meio ambiente, à ordem urbanística, ao consumidor e bens de valor artístico, estético, histórico e paisagístico - patrimônio cultural.

A Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), por seu turno, trouxe novidade. Inspirando-se na *class actions for damages* do direito norte-americano, possibilitou a tutela judicial, em ação coletiva, dos danos pessoalmente sofridos (direitos individuais homogêneos - art. 81, inciso II, c/c os arts. 91/100). Além disso, conceituou os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Aspecto bastante relevante foi a ampliação do campo de incidência da ação coletiva. Atualmente a ação pode ter por objeto qualquer espécie de matéria, desde que se caracterize tutela de interesse difuso, coletivo ou individual homogêneo. A Carta Magna (art. 129, III, IX e parágrafo primeiro) e a Lei 8.078/90 (arts. 110 e 117) foram expressas neste sentido. A restrição, havida originariamente, pela qual somente os interesses relativos a meio ambiente, consumidor e patrimônio cultural poderiam ser tutelados por meio da ação

⁹ Citem-se, entre outras, a Lei 7.853/89 (ação civil pública em defesa das pessoas portadoras de deficiências físicas), Lei 7.913/89 (ação civil pública de responsabilidade por danos causados aos investidores no mercado de valores mobiliários) e Lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente).

civil pública, não mais existe. O Código de Defesa do Consumidor (art.110) acrescentou o inciso IV ao art.1º da Lei 7.347/85, ensejando a defesa de "qualquer outro interesse difuso ou coletivo".

Ademais, em virtude do disposto no art. 117 do CDC, há absoluta integração entre a Lei 7.347/85 e a Lei 8.078/90, de modo que as inovações, para o processo civil coletivo, trazidas por esta última (arts. 81 a 104), não se destinam apenas à tutela coletiva dos interesses do *consumidor* e sim a qualquer espécie de interesse coletivo.

Consigne-se, para encerrar o tópico, que a ação civil pública comporta, atualmente, qualquer *espécie* de tutela jurisdicional. A Lei 7.347/85 dispõe: "a ação poderá ter por objeto condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não-fazer", sugerindo, em princípio, seu caráter exclusivamente condenatório. Todavia, com o advento da Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) e sua absoluta integração com a Lei da Ação Civil Pública (art. 117 do CDC), são possíveis pedidos de natureza constitutiva, declaratória, mandamental e executiva, por força dos termos do art. 83: "para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este Código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela".

Por esse breve quadro, constata-se que toda a legislação, a partir da importância conferida à Constituição de 1988, evoluiu no sentido de criar instrumentos que assegurem uma efetiva tutela aos direitos coletivos. É nesse contexto que surge, em dois diplomas legais, a previsão de condenação por *dano moral coletivo*.

2.1. Direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos

Até o advento da Lei 8.078/90, o entendimento relativo ao direito coletivo e difuso decorria especialmente de reflexões doutrinárias e das referências iniciais da Lei 7.347/85. O Código de Defesa do Consumidor, ao conceituá-los, no art. 81,¹⁰ bem como instituir a

¹⁰ "Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo. Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; III - interesses ou direitos

categoria de direitos individuais homogêneos, promoveu importante avanço no debate doutrinário.

Os direitos difusos são metaindividuais, de natureza indivisível, comuns a toda uma categoria de pessoas não determináveis que se encontram unidas em razão de uma situação de fato.

Na conceituação legal de *direitos difusos*, optou-se pelo critério da indeterminação dos titulares e da ausência entre eles de relação jurídica base (aspecto subjetivo) e pela indivisibilidade do bem jurídico (aspecto objetivo).

Como exemplos de proteção de interesses difusos, citem-se medidas preventivas (jurisdicionais ou não) para evitar a poluição do ar de determinada cidade, a veiculação de publicidade enganosa ou abusiva (art. 37 do CDC). Quem são, afinal, os titulares do direito? Quem são os beneficiários de eventual tutela jurisdicional que viesse a impedir os fatos indicados? Todos as pessoas expostas a eles. Não se poderia nem mesmo afirmar que essas pessoas se limitam, por exemplo, aos moradores da cidade poluída, pois os não moradores (turistas, visitantes) também são titulares do direito. Mais do que isso: a proteção ao meio ambiente não se restringe a aspectos físicos e regionais. Os direitos difusos, portanto, pertencem à comunidade, a um número indeterminável de pessoas. São materialmente difusos. Não é uma lei que o define como tal, mas a sua própria natureza.

Os direitos coletivos, por seu turno, são os transindividuais, de natureza indivisível, pertencentes a um grupo determinável de pessoas (categoria de pessoas), ligadas entre si ou com a parte contrária por uma *relação jurídica base*.

Como exemplo de direito coletivo, cite-se o interesse de todos contratantes de determinado plano de saúde de não sofrerem reajuste das parcelas mensais em desacordo com orientação legal ou em ofensa à cláusula geral da boa-fé objetiva (art. 51, IV, do CDC). Cite-se, ainda na área de consumo, o reconhecimento de nulidade de determinada cláusula padrão, utilizada em milhares de contrato

individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum." Relembre-se de que, em razão de total integração entre a Lei 8.078/90 e Lei 7.347/85, os conceitos acima transcritos referem-se a qualquer espécie de direitos e não apenas aos relativos aos consumidores.

por incorporadora imobiliária com atuação em âmbito nacional. Nos dois casos, ajuizada ação civil pública (ou coletiva), os efeitos da sentença irão atingir todos que estiverem na situação indicada - categoria de pessoas determinadas. Se a demanda coletiva houver sido proposta, por exemplo, por associação de consumidores, os benefícios de eventual julgamento favorável não ficarão restritos aos associados, mas serão usufruídos por todos os consumidores - pessoas determinadas - que estão na situação de ilegalidade questionada na ação. É nesse sentido que deve ser compreendida a extensão *ultra partes* dos efeitos da decisão referida pelo art. 103, II, do CDC.¹¹

Por fim, os direitos individuais homogêneos estão definidos no artigo 81, III, do CDC, simplesmente como aqueles "decorrentes de origem comum". Entretanto, para uma melhor compreensão desta categoria, faz-se necessária uma análise mais ampla da Lei 8.078/90, especialmente do disposto nos arts. 91 a 100 que integram o Capítulo II (das ações coletivas para a defesa de interesses individuais homogêneos), bem como brevíssimo enfoque retrospectivo.

A Lei 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública) cuidava, em sua redação original, apenas dos *direitos difuso e coletivo*. A tutela dos *interesses individuais homogêneos* foi instituída no Brasil, conforme já consignado, pela Lei 8.078/90, sob a inspiração da *class actions for damages* do direito norte-americano. Objetiva-se o ressarcimento dos danos (morais e materiais) pessoalmente sofridos como decorrência do mesmo fato. Não se cuida, destaque-se desde logo, de

¹¹ Márcio Mafra chama a atenção para aspecto importante na distinção entre os direitos difusos e coletivos. Para o autor, apenas os primeiros são materialmente coletivos. Os coletivos *estricto sensu* são, na verdade, direitos individuais, que, por razões de economia e celeridade processuais e, também, para evitar decisões contraditórias, podem ser veiculados numa única ação, ganhando dimensão processual coletiva. "A nota de transindividualidade do ponto de vista material, é típica somente dos direitos difusos. Do ponto de vista processual, a transindividualidade se verifica pela permissão de que determinado direito individual seja veiculado por intermédio de ação coletiva, quando a coisa julgada beneficia ou prejudica indistintamente todos os representados. [...] Os direitos coletivos são [...] interesses ou direitos individuais que ganham o caráter de indivisibilidade e transindividualidade quando veiculados mediante ações coletivas, pelo artifício da extensão subjetiva da coisa julgada, quando, aí então, o resultado tem de ser uniforme pra toda a classe invariavelmente." *Op. cit.*, p. 196-197. O raciocínio, embora minoritário em sede doutrinária, é apropriado para algumas espécies de direitos coletivos. De fato, podem ser considerados individuais o direito e pretensão correspondentes a evitar determinado reajuste ilegal de mensalidade escolar. Esta tutela pode ser obtida em ação individual, a qual irá beneficiar unicamente o autor da demanda. Do mesmo modo, pode-se requerer, em demanda individual, a declaração de nulidade de determinada cláusula inserida em contrato padrão. Ambas as situações podem ser veiculadas em ação coletiva e beneficiar todos os consumidores que se enquadram no caso. Ao revés, um consumidor, pessoa natural, não pode levar ao Judiciário pedido de interrupção de publicidade enganosa ou abusiva (art. 37 do CDC). O direito não é dele e sim, da comunidade. Haveria legitimidade ativa para a causa.

condenação por *dano moral coletivo*, a qual se vincula a direitos difusos e coletivos, e sim aproveitamento de provimento jurisdicional coletivo para posterior liquidação do dano individual.

De fato, a leitura do art. 91 e seguintes da Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) conduz ao entendimento de que a tutela de direito individual homogêneo concerne a um *único fato* gerador de diversas pretensões indenizatórias. Há duas fases no processo. A inicial, promovida pelo legitimado coletivo, em que se busca o reconhecimento e declaração do dever de indenizar. A segunda fase é o momento da habilitação dos beneficiados na ação, com o fim de promover a execução da dívida reconhecida no âmbito coletivo.

Assim, a sentença, na hipótese de tutela de direito individual homogêneo, deve ser genérica limitando-se a reconhecer a responsabilidade do réu pelos danos causados (art. 95 do CDC). Futuramente, deverão as vítimas habilitarem-se no processo, a título individual, para procederem à liquidação da sentença, provando o dano sofrido, o seu montante, e que se encontram na situação amparada pela decisão.

No caso, o pedido de condenação genérica pode abranger os danos materiais e morais. Mas, na hipótese, é bom ressaltar, não se trata, à evidência, de *dano moral coletivo* e sim de *soma* de danos morais individuais.

Para melhor esclarecer, imagine-se serviço de proteção ao crédito que, apesar da limitação temporal expressa de cinco anos, prevista no art. 43 § 1º do CDC, insiste em manter em suas bases de dados inscrições de consumidores pelo prazo de dez anos. Na hipótese, é possível o ajuizamento de ação coletiva, com provimento jurisdicional no sentido de excluir-se todos os registros com prazo superior a cinco anos (direito coletivo), bem como indenizar os danos morais e materiais dos consumidores que estavam inscritos indevidamente (direito individual homogêneo).¹²

¹² É irregular o registro em entidade de proteção ao crédito (SPC, Serasa etc.) que não atende a todos os requisitos indicados no art. 43 do CDC, entre eles o limite temporal de cinco anos, cabendo indenização por danos morais e materiais. A propósito, registre-se a ementa do Recurso Especial n. 51.158: "[...] O banco que promove a indevida inscrição de devedor no SPC e em outros bancos de dados responde pela reparação do dano moral que decorre dessa inscrição. A exigência de prova de dano moral (extrapatrimonial) se satisfaz com a demonstração da existência da inscrição irregular. Já a indenização pelo dano material depende de prova de sua existência, a ser produzida ainda no processo de conhecimento."

Além do pedido de exclusão, é viável o requerimento de indenização, por danos moral e material, sofridos por cada consumidor individualmente (tutela de direito individual homogêneo). Em relação a este pedido, haverá, num primeiro momento, condenação genérica, "fixando-se a responsabilidade do réu pelos danos causados" (art. 95 do CDC). A apuração do *quantum* indenizatório dependerá de futura habilitação no processo das vítimas (art. 91 e 97). Na hipótese, a indenização por dano moral é individual. Nada tem a ver com o *dano moral coletivo*, que se vincula a ofensa a direitos coletivos e difusos. O art. 91 é bastante esclarecedor ao se referir a "danos individualmente sofridos." Cuida-se, portanto, de tratamento processual coletivo a direitos individuais.

Na mesma ação coletiva poderia ser veiculado, cumulativamente, pedido de condenação por *dano moral coletivo*, em face de ofensa a direito coletivo dos consumidores cujos nomes foram mantidos irregularmente nos bancos de dados de proteção ao crédito. O valor da condenação, de caráter punitivo, seria revertido ao fundo criado pelo art. 13 da Lei 7.347/85.

3. DANO MORAL COLETIVO

3.1 Previsão legal

Antes de problematizar, é importante deixar claro que o dano moral coletivo está consagrado expressamente no ordenamento jurídico brasileiro.

Cite-se, inicialmente, o disposto no art. 6º da Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), dispositivo que enumera os direitos básicos do consumidor, *verbis*: "Art. 6º São direitos básicos do consumidor: (...) VI - a efetiva proteção e *reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos*; (...) VII - o acesso aos órgãos judiciários e administrativos, com vistas à prevenção ou *reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos* (...)" - grifou-se.

De modo mais evidente, até porque abrangendo qualquer espécie de direito difuso ou coletivo, foi a alteração legislativa do *caput* do art. 1º da Lei 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública), promovida, em junho de 1994, pela Lei 8.884.

Antes da Lei 8.884/94, a redação do *caput* era a seguinte: "Art. 1º Regem-se, pelas disposições desta lei, sem prejuízo da ação po-

pular, as ações de responsabilidade por danos causados (...)” aos direitos coletivos, na seqüência, indicados.

Em 11 de junho de 1994, foi promulgada a Lei 8.884, a qual estabeleceu a seguinte e nova redação ao art. 1º da Lei 7.347/85: "Regem-se, pelas disposições desta lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de *responsabilidade por danos morais* e patrimoniais causados: I - ao meio ambiente; II - ao consumidor; III - a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; IV - a qualquer outro interesse difuso ou coletivo; V - por infração da ordem econômica." (grifou-se)

Ou seja, além de condenação pelos danos materiais causados ao meio ambiente, consumidor ou a qualquer outro interesse difuso ou coletivo, destacou a nova redação do art. 1º, a responsabilidade por dano moral em decorrência de violação de tais direitos, tudo com o propósito de conferir-lhes proteção diferenciada.

Todavia, a expressa previsão do que se tem denominado *dano moral coletivo* traz inúmeros questionamentos. Qual o sentido da expressão *dano moral coletivo*? Quais são os seus pressupostos? É possível buscá-los na disciplina privada da responsabilidade civil? O conceito de *dano moral coletivo* se aproxima da compreensão do dano moral individual? O *dano moral coletivo* está associado ao abalo coletivo de integridade psíquica? O objetivo da condenação por dano moral coletivo é meramente punitivo? Sendo assim, quais os critérios para fixação do seu valor? Aceito o caráter punitivo, é possível a imposição simultânea de sanções administrativas e penais?

As respostas não podem ser válida e legitimamente encontradas no modelo teórico da responsabilidade civil forjado para relações privadas e individuais, considerando os objetivos diversos das leis que protegem direitos coletivos. Sustenta-se aqui que as soluções devem necessariamente prestigiar uma efetiva tutela dos direitos coletivos e difusos, da qual se sobressai o aspecto preventivo da lesão. A prevenção só pode ser alcançada se houver instrumentos eficazes para punir o comportamento que ofenda ou, em certos casos, ameace, ofender direitos metaindividuais.

Em face da exagerada simplicidade com que o tema foi tratado legalmente, a par da ausência de modelo teórico próprio e

sedimentado para atender aos conflitos transindividuais, faz-se necessário construir soluções que vão se utilizar, a um só tempo, de algumas noções extraídas da responsabilidade civil, bem como de perspectiva própria do direito penal.

Portanto, na seqüência, após verificação de posições doutrinárias a respeito do tema, são realizadas referências a tópicos da responsabilidade civil com o objetivo de demonstrar que nem todos os seus elementos e controvérsias podem legitimamente ser transportados para uma tentativa de definição do *dano moral coletivo*. Procura-se, também, mostrar que, mesmo nas relações privadas individuais, admite-se a função punitiva da responsabilidade civil, o que é um forte e decisivo argumento para aceitá-la nos litígios e lesões decorrentes de conflitos de massa.

3.2 Revisão bibliográfica

O *dano moral coletivo* já foi objeto de importantes estudos doutrinários. Sem qualquer pretensão de aludir a tudo que se produziu na área, indicam-se relevantes trabalhos doutrinários para posterior avaliação crítica.

Xisto Tiago de Medeiros Neto, após destacar avanço legal da proteção aos interesses de essência moral (extrapatrimonial) e aos direitos coletivos (*lato sensu*), registra: "A ampliação dos danos passíveis de ressarcimento reflete-se destacadamente na abrangência da obrigação de reparar quaisquer lesões de índole extrapatrimonial, em especial as de natureza coletiva, aspecto que corresponde ao anseio justo, legítimo e necessário apresentado pela sociedade de nossos dias. Atualmente, tornaram-se necessárias e significativas para a ordem e a harmonia social a reação e a resposta do Direito em face de situações em que determinadas condutas vêm a configurar lesão a interesses: juridicamente protegidos, de caráter extrapatrimonial, titularizados por uma determinada coletividade. Ou seja, adquiriu expressivo relevo jurídico, no âmbito da responsabilidade civil, a reparação do dano moral coletivo (em sentido lato)."¹³

¹³ *Dano moral coletivo*. São Paulo, LTr, 2004, p. 134.

Defende o autor que o conceito de dano moral coletivo não deve se restringir ao sofrimento ou à dor pessoal e sim ser compreendido como toda modificação desvaliosa do espírito coletivo, ou seja, a qualquer violação aos valores fundamentais compartilhados pela coletividade.¹⁴ "Com efeito, toda vez em que se vislumbra o ferimento a interesse moral (extrapatrimonial) de uma coletividade, configurar-se-á dano passível de reparação, tendo em vista o abalo, a repulsa, a indignação ou mesmo a diminuição da estima, infligidos e apreendidos em dimensão coletiva (por todos os membros), entre outros efeitos lesivos. Nesse passo, é imperioso que se apresente o dano como injusto e de real significância, usurpando a esfera jurídica de proteção à coletividade, em detrimento dos valores (interesses) fundamentais do seu acervo."¹⁵

Por fim, em relação à destinação do dinheiro decorrente da condenação em dano moral coletivo, observa: "o direcionamento da parcela pecuniária ao Fundo é de importância indiscutível por apresentar-se a lesão, em essência, ainda mais fluida e dispersa no âmbito da coletividade. Além disso, tenha-se em conta que a reparação em dinheiro não visa a reconstituir um bem material passível de quantificação, e sim oferecer compensação diante da lesão a bens de natureza imaterial sem equivalência econômica, e sancionamento exemplar ao ofensor, rendendo-se ensejo para se conferir destinação de proveito coletivo ao dinheiro recolhido."¹⁶

Carlos Alberto Bittar Filho conceitua o dano moral coletivo como "injusta lesão da esfera moral de uma dada comunidade, ou seja, é a violação antijurídica de um determinado círculo de valores coletivos." Em seguida, esclarece: "Quando se fala em dano moral coletivo, está-se fazendo menção ao fato de que o patrimônio valorativo de uma certa comunidade (maior ou menor), idealmente considerado, foi agredido de maneira absolutamente injustificável do ponto de vista jurídico: quer isso dizer, em última instância, que se feriu a própria cultura, em seu aspecto imaterial. Tal como se dá

¹⁴ *Ibid.*, p. 136.

¹⁵ *Ibid.*, p. 136-137.

¹⁶ *Ibid.*, p. 177.

na seara de dano moral individual, aqui também não há que se cogitar de prova da culpa, devendo-se responsabilizar o agente pelo simples fato da violação (*damnum in re ipsa*).¹⁷

No que diz respeito à função da condenação, sustenta ser necessária a utilização "da técnica do valor de desestímulo, a fim de que se evitem novas violações aos valores coletivos, a exemplo do que se dá em tema de dano moral individual; em outras palavras, o montante da condenação deve ter dupla função: compensatória para a coletividade e punitiva para o ofensor; para tanto, há que se obedecer, na fixação do *quantum debeatur*, a determinados critérios de razoabilidade elencados pela doutrina (para o dano moral individual, mas perfeitamente aplicáveis ao coletivo), como, v.g., a gravidade da lesão, a situação econômica do agente e as circunstâncias do fato."¹⁸

André de Carvalho Ramos, por sua vez, expõe: "O ponto-chave para a aceitação do chamado dano moral coletivo está na ampliação de seu conceito, deixando de ser o dano moral um equivalente da dor psíquica, que seria exclusividade de pessoas físicas." Argumenta que qualquer abalo no patrimônio moral de uma coletividade também merece reparação.¹⁹ Em outra passagem, ressalta: "Devemos ainda considerar que o tratamento transindividual aos chamados interesses difusos e coletivos origina-se justamente da importância destes interesses e da necessidade de uma efetiva tutela jurídica. Ora, tal importância somente reforça a necessidade de aceitação do dano moral coletivo, já que a dor psíquica que alicerçou a teoria do dano moral individual acaba cedendo lugar, no caso do dano moral coletivo, a um sentimento de despreço e de perda de valores essenciais que afetam negativamente toda uma coletividade."²⁰

¹⁷ "Dano moral coletivo no atual contexto brasileiro". *Revista de Direito do Consumidor* n. 12, São Paulo, Revista dos Tribunais, out-dez, 1994, p. 55.

¹⁸ *Ibid.*, p. 59.

¹⁹ "Ação civil pública e o dano moral coletivo". *Revista de Direito do Consumidor* n. 25, São Paulo, Revista dos Tribunais, jan-mar, 1988, p. 82.

²⁰ *Ibid.*, p. 82.

Destaque-se a posição de Luiz Gustavo Grandinetti. O autor, em artigo cujo título já indica a sua concepção sobre o dano moral coletivo - "Responsabilidade por dano não-patrimonial a interesse difuso" - sustenta os seguintes pontos acerca da matéria: 1) Mostra-se inconveniente a separação rígida entre interesse público-pena e interesse privado-reparação (ressarcimento ou reintegração); 2) Quando se protege o interesse difuso, o que se está protegendo, em última instância, é o interesse público; 3) Tal interesse público pode ser tutelado pelo modo clássico de tutela dos interesses públicos, tipificando-se a conduta do agente causador do dano como crime e sancionado com uma pena criminal, mas pode ocorrer, por razões várias, que o ordenamento jurídico não tipifique tal conduta como crime, caso em que os instrumentos próprios para a proteção de interesses privados acabam assumindo nítida função substitutiva da sanção penal; 4) Deve-se admitir uma certa fungibilidade entre as funções sancionatória e reparatória em matéria de interesses difusos lesionados; 5) Com essa conformação e preocupação, surge o recém-denominado dano moral coletivo, o qual deixa a concepção individualista caracterizadora da responsabilidade civil para assumir uma outra mais socializada, preocupada com valores de uma determinada comunidade e não apenas com o valor da pessoa individualizada.²¹

Vitor Fernandes Gonçalves, por fim, sustenta o caráter punitivo da indenização decorrente de violação aos direitos difusos. Apresenta, realizando paralelo ao *punitive damages* do *common law*, diversas vantagens em favor do sistema adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro.²²

4. APROXIMAÇÃO COM O DIREITO PENAL E FUNÇÃO PUNITIVA DA RESPONSABILIDADE CIVIL

A correta compreensão *dano moral coletivo* não se deve vincular, como já se destacou, a todos elementos e racionalidade pró-

²¹ "Responsabilidade por dano não-patrimonial a interesse difuso (dano moral coletivo)". REVISTA DA EMERJ, V. 3, n. 9, 2000, p. 24-31.

²² *Op. cit.*, p. 238-246.

prios da responsabilidade civil nas relações privadas individuais. Na verdade, o objetivo de se prever, ao lado da possibilidade de indenização pelos danos materiais, a condenação por *dano moral coletivo* só encontra justificativa pela relevância social e interesse público inexoravelmente associados à proteção e tutela dos direitos metaindividuais.

Como se demonstrou nos itens anteriores, os direitos coletivos não se enquadram em modelos teóricos dos ramos tradicionais do ordenamento jurídicos. São uma nova categoria cuja compreensão exige análise funcional.

Especificamente em relação à positivação do denominado *dano moral coletivo*, a função é, mediante a imposição de novas e graves sanções jurídicas para determinadas condutas, atender ao princípio da prevenção e precaução, de modo a conferir real e efetiva tutela ao meio ambiente, patrimônio cultural, ordem urbanística, relações de consumo e a outros bens que extrapolam o interesse individual. É evidente, portanto, neste aspecto, a aproximação com a finalidade do direito penal, pois "a característica do ordenamento jurídico penal que primeiro salta aos olhos é a sua finalidade preventiva: antes de punir, ou com o punir, evitar o crime."²³

A propósito, cumpre transcrever observação de Cláudia Lima Marques, Antônio Benjamim e Bruno Miragem. Os autores também vinculam a função preventiva do direito penal do consumidor com seu caráter repressivo, evidenciando os pontos em comum apontados: "O direito penal do consumidor - assim como o próprio direito do consumidor - cumpre, idealmente, ao lado de seu caráter repressivo, uma função eminentemente preventiva. Não corre - ou não deve correr - atrás do dano, a ele se antecipa. Mais do que preventivo, hoje se reconhece a esse direito penal pós-moderno um função de evitar o dano a todo custo, mesmo quando inexiste certeza científica sobre sua probabilidade de ocorrência. Já não é mais um direito penal, baseado no princípio da prevenção, mas um edifício sancionatório fundado no princípio da precaução."²⁴

²³ Francisco de Assis Toledo, *Princípios básicos de direito penal*, 4 ed, São Paulo, Saraiva, 1991, p. 3.

²⁴ *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003, p. 791.

A análise elaborada pelos autores, embora dirigida ao direito do consumidor, aplica-se, pelos fundamentos, a todas as espécies de tutela de direitos metaindividuais.

Portanto, em que pese a utilização de termos recorrentes na disciplina da responsabilidade civil das relações privadas individuais ("dano" e "moral"), não é necessariamente nesta área que o intérprete deve buscar as respostas. Todavia, como reforço de argumento para conclusão relativa ao caráter punitivo do *dano moral coletivo*, é importante ressaltar a aceitação da sua função punitiva até mesmo nas relações privadas individuais. Para tanto, faz-se rápida referência à responsabilidade civil.

A idéia da responsabilidade civil, presente em qualquer comunidade social, está vinculada, inicialmente, ao preceito ético de não prejudicar o outro - *neminem laedere* - e, ao mesmo tempo, de reparação do dano (indenização) ao lesado.

Sergio Cavalieri assim traça as linhas conceituais da responsabilidade civil: "designa o dever que alguém tem de reparar o prejuízo decorrente da violação de um outro dever jurídico. Em apertada síntese, responsabilidade civil é um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário."²⁵

Em perspectiva histórica, foram os juristas franceses Domat e Pothier que se debruçaram sobre a noção de responsabilidade civil do direito romano para construir a teoria inspiradora do Código Civil francês e de todas as legislações modernas. Foi no Código Civil napoleônico de 1804, principalmente no disposto nos arts. 1.382 e 1.383, que o mundo ocidental foi buscar os pressupostos da responsabilidade civil que se baseia, como se sabe, na teoria da culpa.²⁶

²⁵ Programa de responsabilidade civil. 5 ed.: Malheiros, São Paulo, 2003, p. 24.

²⁶ Aguiar Dias, *Da responsabilidade civil*. Forense, Rio de Janeiro, p. 44. A respeito, afirma Alvinho Lima: "A teoria clássica da culpa, que é a armadura da responsabilidade civil extracontratual das legislações modernas, recebeu do direito justiniano a *culpa mater*, da qual nasceu o princípio genérico daquela responsabilidade, cristalizado no preceito do art. 1382 do CC de Napoleão." *A responsabilidade civil pelo fato de outrem*. 2 ed. rev. e atual. por Nelson Nery Jr. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000, p. 19. Apesar da conhecida denominação de *responsabilidade aquiliana* como sinônima de responsabilidade baseada na culpa, existem divergências doutrinárias quanto a existência e grau de importância do elemento culpa no direito romano, especialmente na *Lex Aquilia*. Ensina Aguiar Dias que alguns autores negam que a noção da culpa estivesse inserida na *Lex Aquilia*, argumentando, inclusive, que o princípio *in lege aquilia et levissim culpa venit* decorreu de mera interpolação. Para o autor, "a noção de culpa

Os países da família romano-germânica, justamente sob a influência do **Code Napoleon**, adotaram para o direito privado, uma cláusula geral definidora do ato ilícito e vinculado a ele a noção de responsabilidade civil. Os pressupostos (elementos), para configuração do dever de indenizar, são, de regra, os seguintes: 1) ação ou omissão do agente; 2) conduta intencional ou culposa (negligência, imprudência, imperícia); 3) dano; 4) relação de causalidade entre o dano e a conduta.

No Brasil, antes da edição do Código Civil de 1916, inexistia preceito genérico definindo o ato ilícito ou trazendo os pressupostos gerais da responsabilidade civil. Era no artigo 159 do Código Civil de 1916²⁷ que, até o início de vigência do novo Código, se encontrava o fundamento da responsabilidade civil extracontratual ou aquiliana.

O atual Código Civil, promulgado em janeiro de 2002, trouxe, como se sabe, disposição sobre a responsabilidade civil aquiliana no art. 186, o qual prevê expressamente que o dano pode ser exclusivamente moral, *verbis*: "Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito." O dispositivo complementa-se com o art. 927 - "Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo - cujo parágrafo único trata, genericamente, de hipóteses de responsabilidade objetiva "quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem."

Quanto à função específica da responsabilidade civil, destaque-se que, originalmente, no direito romano, não havia distinção entre ilícito civil e penal. "Pena e reparação se confundem; responsabilidade penal e civil não se distinguem. A evolução operou-se,

sempre foi precária no direito romano, onde jamais chegou a ser estabelecida como princípio geral ou fundamento da responsabilidade (...)". De qualquer modo, foi na **Lex Aquilia** (possivelmente do século III antes de Cristo), que inicialmente se esboçou um princípio geral da reparação do dano constituindo-se, ainda que se considere ausente o elemento culpa, em fonte direta da concepção de responsabilidade civil extracontratual, nomeada, também, de *responsabilidade aquiliana*. *Op. cit.*, p. 42-47.

²⁷ "Art. 159 Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano".

conseqüentemente, no sentido de se introduzir o elemento subjetivo da culpa e diferenciar a responsabilidade civil da penal.¹²⁸

Atualmente, o mesmo fato pode gerar responsabilidade civil e penal. Afirma-se, tradicionalmente, que o objetivo da responsabilidade penal é punitivo,²⁹ enquanto a função da responsabilidade civil seria meramente indenizatório. Além disso, no primeiro caso, tutela-se interesse público e no segundo interesse meramente privado.³⁰

A assertiva não é absolutamente verdadeira como se demonstrará. Embora primordial a função reparatória da responsabilidade civil nas relações privadas individuais, existem, ao seu lado, as funções punitiva e preventiva.³¹ Em algumas situações, a função punitiva assume maior relevância que a função reparatória.

Em obra monográfica sobre a punição na responsabilidade civil, Vitor Fernandes Gonçalves ressalta: "em verdade, a teoria da indenização punitiva não constitui propriamente uma novidade no âmbito da responsabilidade civil, senão uma tendência, outrora universal, que foi retomada."³²

Esclarece o autor, examinando o ordenamento jurídico nacional, que diversas são as situações em que a função punitiva se evidencia, entre elas quando há imposição de valores múltiplos do *quantum* correspondente ao prejuízo.³³ O autor recorda, ainda, da

²⁸ Alvino Lima, *op. cit.*, p. 27.

²⁹ A incidência da sanção penal pressupõe a prévia definição do fato como crime em atenção ao princípio da anterioridade e da reserva legal. O art. 5º, XXXIX, da CF, dispõe que "não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal". O mesmo princípio é repetido pelo art. 1º, do Código Penal.

³⁰ Ilustre-se com passagem de Carlos Roberto Gonçalves: "No caso da responsabilidade penal, o agente infringe uma norma de direito público. O interesse lesado é o da sociedade. Na responsabilidade civil, o interesse diretamente lesado é o privado. O prejudicado poderá pleitear ou não a reparação." **Responsabilidade civil**. 8 ed. São Paulo, Saraiva, 2003, p. 19.

³¹ As funções sancionatória e preventiva são consideradas como sinônimas para parte da doutrina, como esclarece Maria Celina Bondin de Moraes ao discorrer sobre o dano moral: "De um lado, deve, como qualquer ressarcimento, compensar a vítima através da indenização pelos danos (*rectius*, dores) sofridos. É a chamada função compensatória. De outro lado, ao se propor que as condições econômicas das partes sejam consideradas, assim como grau de culpa do ofensor, é estabelecida uma outra causa de ressarcimento, desta vez visando punir o ofensor ou, com diz o Ministro Sálvio, desestimulá-lo a repetir o ato danoso. É a chamada função punitiva, que alguns chamam de função preventiva, pedagógica ou exemplar." *Op. cit.*, p. 31-32.

³² **A punição na responsabilidade civil: a indenização do dano moral e da lesão a interesses difusos**. Brasília, Brasília Jurídica, 2005, p. 183-184.

³³ O autor indica, como exemplo, os arts. 561, 1.446, 1.530/1.532, 1547 e 1550, todos do Código Civil de 1916. *Op. cit.*, p.184-185. Cite-se, no Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), o disposto no parágrafo único do art. 42:

pena civil representada pela *astreinte*, da dupla finalidade da cláusula penal: fixação antecipada das perdas e danos e coercitiva, para estimular o cumprimento da obrigação. Ressalta, também, o entendimento da doutrina e da jurisprudência acerca da função punitiva da reparação do dano moral.³⁴

Por óbvio, não se exige, para admitir uma função punitiva da responsabilidade civil, a presença de todos os requisitos que caracterizam o *punitive damages* (ou *punitory damages*) próprios do sistema *common law*, vale dizer, o pagamento de valor, em favor do lesado, além da quantificação do dano, com nítido objetivo punitivo.³⁵

Na verdade, compreender a função punitiva passa pelo próprio sentido das palavras. Para alguns, apenas a reparação do dano como consequência do ato ilícito, a restituição aproximada do lesado ao *status quo ante*, sem qualquer acréscimo ao valor, não seria pena e, portanto, não haveria que se falar em indenização punitiva. Todavia, tomando-se uma acepção mais ampla do termo *sanção*,³⁶ coincidente como reação do ordenamento jurídico, é evidente que a indenização, mesmo quando do exato tamanho do dano, possui caráter punitivo.

Exatamente nessa linha, é o entendimento de Eduardo Ribeiro: "A responsabilidade civil, traduzida na obrigação de reparar o dano, encontra seu fundamento no princípio *neminem laedere*, que constitui pressuposto da vida em sociedade. Ocorrendo a lesão, haverá de ser reparada, colocando-se as coisas, quanto possível, no estado anterior. Entretanto, quando o ordenamento prevê a obrigação de reparar, como uma consequência da lesão, atende, igualmente, a outros fins. Releva, sem dúvida [...] a finalidade de preven-

³⁴O consumidor cobrado em quantia indevida tem direito à repetição do indébito, por valor igual ao dobro do que pagou em excesso, acrescido de correção monetária e juros legais, salvo hipótese de engano justificável."

³⁴ *Op., cit.*, p. 183-197.

³⁵ Sobre *punitive damages*, v. Maria Celina Bodin Moraes, *op. cit.* p. 253-264. V. análise exaustiva de Vitor Fernandes Gonçalves, o qual indica, inclusive, as inúmeras divergências que o assunto gera nos países do *common law*. *Op. cit.*, p. 23-180.

³⁶ Adota-se o conceito de sanção jurídica para toda consequência negativa imposta pelo ordenamento jurídico como represália a seus comandos. Como sintetiza Marcos Bernardes de Mello, "se constitui um revide do ordenamento à violação de suas normas, é evidente que se trata de uma sanção." *Teoria do fato jurídico: plano de validade*. 3. ed. rev. São Paulo, Saraiva, 1999, p. 46.

ção, seja a geral, dizendo com toda a comunidade, seja a que se refere ao causador da lesão. Não é apenas o direito penal que visa a tais objetivos. Não se vinculasse aos ilícitos civis uma sanção, previsível que o número desses crescesse vertiginosamente.³⁷

Todavia, mesmo tomando-se a função punitiva no sentido de condenação em valor acima do suficiente para reparação do dano, existem, como indicado, várias situações consagradas na legislação brasileira. Acrescente-se, apenas como mais um exemplo, o disposto no art. 773 do atual Código Civil: "O segurador que, ao tempo do contrato, sabe estar passado o risco de que o segurado se pretende cobrir, e, não obstante, expede a apólice, pagará em dobro o prêmio estipulado."

Acrescente-se que a função punitiva é amplamente admitida pela doutrina e jurisprudência em relação à indenização por *dano moral individual*.³⁸ Para este entendimento, que parece ser majoritário, sustenta-se que a reparação do dano moral (individual) deve revestir-se de caráter dúplice: *indenizatório* e *punitivo* (pedagógico). Objetiva-se oferecer compensação ao lesado para mitigar a lesão, a alteração do bem-estar psicofísico, bem como desestimular o ofensor a agir do mesmo modo no futuro.³⁹

Portanto, ainda que se entenda que a análise do *dano moral coletivo* deve se dar unicamente à luz dos pressupostos da responsabilidade civil nas relações privadas, é possível admitir, sem grandes dificuldades, sua função punitiva. Se até nas relações privadas individuais se admite a função punitiva da responsabilidade civil, com maior razão se deve aceitar tal caráter nas lesões a direitos coletivos.

Para finalizar, registrem-se os ensinamentos de Fernando Noronha, o qual, com felicidade, conclui: 1) A responsabilidade civil possui, também, função punitiva; 2) a função punitiva está asso-

³⁷ Prefácio à obra de Vitor Fernandes Gonçalves, **A punição na responsabilidade civil: a indenização do dano moral e da lesão a interesses difusos**. Brasília, Brasília Jurídica, 2005, p. 12.

³⁸ V., a propósito, Wesley de Oliveira Louzada Bernardo, *op., cit.*, p. 169 a 177.

³⁹ Nesta linha, é o Projeto de Lei 6.960, do Deputado Ricardo Fiúza, o qual propõe a inserção do seguinte dispositivo no Código Civil: "A reparação do dano moral deve constituir-se em compensação ao lesado e adequado desestímulo ao lesante."

ciada a função preventiva própria da responsabilidade penal; 3) Esta função assume especial relevância em face de danos transindividuais: "Esta função da responsabilidade civil é paralela à função sancionatória e, como esta, tem finalidades similares às que encontramos na responsabilidade penal, desempenhando, como esta, funções de prevenção geral e especial: obrigando o lesante a reparar o dano causado, contribui-se para coibir a prática de outros atos danosos, não só pela mesma pessoa como sobretudo por quaisquer outras. Isto é importante especialmente no que se refere a danos que podem ser evitados (danos culposos). Em especial quanto aos danos transindividuais (...), com destaque para os resultantes de infrações ao meio ambiente, tem sido muito enfatizada a necessidade de punições "exemplares", através da responsabilidade civil, como forma de coagir as pessoas, empresas e outras entidades a adotar todos os cuidados que sejam cogitáveis, para evitar a ocorrência de tais danos. A Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/85) indiretamente veio estimular a imposição dessas punições através do instituto da responsabilidade civil, quando abriu a possibilidade de condenação em indenizações que revertem para fundos de defesa de direitos difusos (a respeito dos quais importa ver em especial a Lei n. 9.008/95)."⁴⁰

A conclusão, em síntese, é que, por ausência da sedimentação, no campo do direito material, de modelo teórico próprio, o entendimento acerca do *dano moral coletivo* decorre de enfoque multifacetado e, no que diz respeito à finalidade punitiva, tanto sob uma perspectiva civil como penal, é possível considerar a presença de tal caráter sancionatório.

5. DANO MORAL (INDIVIDUAL)

A referência destacada ao dano moral possui três propósitos: 1) Demonstrar que a tradicional dicotomia dano moral e material não atende à caracterização de ofensa a direitos metaindividuais; 2) Dano moral não é sinônimo de dano extrapatrimonial; 3) O dano moral decorre de ofensa à pessoa humana; 4) O dano moral coleti-

⁴⁰ *Op. cit.*, p. 441.

vo, na verdade, é dano extrapatrimonial, não se aproximando da noção individual de dano moral; 5) Ainda que se aceite esta aproximação, a doutrina mais moderna não exige a presença da dor psíquica para configuração do dano moral individual, portanto tal exigência é, com mais razão, absolutamente desnecessária para caracterização do *dano moral coletivo*.

Como se sabe, a responsabilidade civil evoluiu historicamente no sentido de afastar a necessidade de prova de culpa do autor, consagrando, nas mais diversas áreas, hipóteses de responsabilidade objetiva. O dano, ao revés, continua a ser inexorável exigência para caracterização do ato ilícito e, conseqüentemente, do dever de reparar.

A propósito, destaca Gustavo Tepedino: "O dano é também elemento essencial do ato ilícito e da responsabilidade civil. Cuidando-se de elemento essencial do ato ilícito, fonte da responsabilidade civil, sem dano não há ato ilícito, ainda que se esteja de conduta antijurídica."⁴¹

Na mesma linha, é o ensinamento de Maria Celina Bodin de Moraes: "Muitas são as teorias a conceituar o dano como pressuposto inafastável da responsabilidade civil. De fato, quando se trata do direito da responsabilidade civil, usualmente se pontua: se não há dano, não há o que indenizar."⁴²

O dano é pressuposto inafastável da responsabilidade civil, do dever de indenizar. A evolução necessária diz respeito, como se verá, à necessidade de uma compreensão diferenciada do dano compatível à natureza dos direitos metaindividuais.

Tradicional dicotomia classifica o dano em *patrimonial* (material) e *moral*. Também, se coloca o dano moral como sinônimo de extrapatrimonial, o que não é acertado, principalmente ao se deparar com lesões (ou ameaça) a direitos coletivos.

O dano patrimonial é aquele que, como o próprio nome indica, constitui uma diminuição do patrimônio material do lesado, sus-

⁴¹ Como coordenador da obra *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. V. I, Rio de Janeiro, Renovar, 2004, p. 334.

⁴² Maria Celina Bodin de Moraes. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 2003, p. 144.

cetível de avaliação pecuniária. Indenizar significa justamente reparar o dano causado à vítima. Sempre que possível, deve-se restabelecer o *statu quo ante*, a exemplo do que ocorre com a substituição do bem material destruído ou deteriorado por outro semelhante. Todavia, em inúmeras situações, o retorno ao estado anterior não é possível, hipótese em que a reparação irá se consubstanciar em indenização monetária (equivalente em dinheiro).

Correto, portanto, o critério de diferenciação apresentado por Fernando Noronha: "A distinção entre danos patrimoniais e extrapatrimoniais parte da noção de patrimônio. Este é o complexo de direitos e de obrigações de uma pessoa que sejam suscetíveis de avaliação econômica, isto é, de valoração em termos pecuniários [...] Por isso, será patrimonial, ou econômico, o dano que consiste da violação de interesses diretamente suscetíveis dessa avaliação em dinheiro."⁴³

O dano material abrange, na dicção do art. 402 do Código Civil, o que a vítima "efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de ganhar." Denomina-se *dano emergente* ou *positivo* o que constitui uma diminuição imediata no patrimônio da vítima em decorrência do ato ilícito.⁴⁴ De outra parte, denomina-se lucro cessante o reflexo patrimonial negativo oriundo de análise prospectiva do ato ilícito, vale dizer, "na perda de ganho esperável, na frustração da expectativa de lucro, na diminuição potencial do patrimônio da vítima."⁴⁵

Ao lado do dano patrimonial - e eivado de divergências conceituais - tem-se o dano moral, também, nomeado, inadvertidamente, *dano extrapatrimonial*.

A primeira dificuldade - hoje já superada - em relação ao dano moral vincula-se a sua própria admissão pelo ordenamento jurídico. Simplificando, pode-se apontar, em perspectiva histórica, a existên-

⁴³ **Direito das obrigações.** São Paulo, Saraiva, 2003, p. 566.

⁴⁴ Ilustre-se com tradicional exemplo. O taxista, que vem a ser vítima de acidente de trânsito, possui direito à indenização dos valores gastos com o conserto do veículo (dano emergente), bem como a receber o que deixou de ganhar em sua profissão, enquanto o carro esteve na oficina, sendo reparado (lucro cessante). O art. 402 do atual Código Civil possui redação substancialmente semelhante ao art. 1.059 do Código Civil de 1916.

⁴⁵ Sergio Cavalieri Filho, o qual, em seguida, esclarece: "Pode decorrer não da paralisação da atividade lucrativa ou produtiva da vítima, como, por exemplo, a cessação dos rendimentos que alguém já vinha obtendo da sua profissão, como, também, da frustração daquilo que era razoavelmente esperado." *Op. cit.*, p. 90.

cia de três períodos: 1) fase da irreparabilidade do dano moral; 2) admissão, desde que fosse reflexo do dano material; 3) Reconhecimento do dano moral independentemente do dano material; 4) Possibilidade de cumulação de danos moral e material.

Até 1966, quando em vigor o Código Civil de 1916, muitos não admitiam a possibilidade de indenização por dano moral, sob argumentos diversos, mas com destaque para os seguintes: 1) o art. 159 do Código Civil não fazia previsão expressa do dano moral; 2) o dano moral é inestimável ou de difícil estimação; 3) Seria imoral estabelecer um preço para a dor.

Esta fase restou ultrapassada com a promulgação da Constituição Federal de 1988, a qual colocou a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, III) e, ainda, fez expressa referência em duas passagens à indenização por dano moral (art. 5º, incisos V e X). Três anos depois, edita-se o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), o qual aludiu, também, ao direito básico do consumidor de prevenir e reparar os danos morais (art. 6º, incisos VI e VII). Recentemente, o novo Código Civil, promulgado em 10 de janeiro de 2002, ao definir o ato ilícito, no art. 186, torna claro que o dano a ser reparado pode ser "exclusivamente moral".

Ao lado do avanço, em termos de consagração legislativa do dano moral, a doutrina mais moderna já vinha superando⁴⁶ os argumentos contrários ao reconhecimento do dano moral, como registra

⁴⁶ Na verdade, o que mudou foi a própria noção de justiça em relação ao tema, como registra, com precisão costumeira, Maria Celina Bodin: "O que fez com que aqueles argumentos, que ainda hoje podem ser considerados coerentes, ao menos sob o aspecto lógico-racional, se tornassem completamente irrelevantes em relativamente curto espaço de tempo? Não ficou mais fácil solucionar os empecilhos indicados, nem mais simples aceitar que um sentimento de dor possa gerar dinheiro. As controvérsias no direito da responsabilidade civil têm essa marcante característica: antes de serem técnicas, elas são decorrentes das diferentes concepções acerca do princípio de responsabilidade, princípio estrutural da vida em sociedade e que, como tantas vezes repetido, se consubstancia em conceito mais filosófico-político do que jurídico. O princípio decorre diretamente da idéia de justiça que tem a sociedade na qual incide. E o que mudou neste caso foi exatamente a consciência coletiva acerca do conceito de Justiça: o que antes era tido como inconcebível passou a ser aceitável, e, de aceitável, passou a evidente. Se era difícil dimensionar o dano, em questão de poucos anos tornou-se impossível ignorá-lo. Se era imoral receber alguma remuneração pela dor sofrida, não era a dor que estava sendo paga, mas sim a vítima, lesada em sua esfera extrapatrimonial, quem merecia ser (re) compensada pecuniariamente, para assim usufruir de alegrias e outros estados de bem-estar psicofísico, contrabalançando (*rectius*, abrاندando) os efeitos que o dano causara em seu espírito. Apesar do reconhecido aspecto não-patrimonial dos danos morais, a partir de determinado momento tomou-se inustentável tolerar que, ao ter um direito personalíssimo seu atingido, ficasse a vítima irressarcida, criando-se um desequilíbrio na ordem jurídica, na medida em que estariam presentes o ato ilícito e a lesão a um direito (da personalidade), por um lado, e a impunidade, por outro." *Op.cit.* p. 147-148.

Sergio Cavaleri: "aos poucos [...] foi sendo evidenciado que esses argumentos tinham como fundamento um sofisma, por isso que não se trata de *pretium doloris*, mas de simples compensação, ainda que pequena, pela tristeza injustamente inflingida à vítima. Com efeito o ressarcimento do dano moral não tende à *restitutio in integrum* do dano causado, tendo mais uma genérica função satisfatória, com a qual se procura um bem que recompense, de certo modo, o sofrimento ou a humilhação sofrida. Substituiu-se o conceito de equivalência, próprio do dano material, pelo de composição, que se obtém atenuando, de maneira indireta, as conseqüências do sofrimento."⁴⁷

De qualquer modo, em meio às controvérsias doutrinárias, o Supremo Tribunal Federal, em abril de 1966, ao julgar o Recurso Extraordinário 59.940, reconheceu a possibilidade de indenização dos pais por morte de filhos menores que não desempenhassem atividade econômica.

Enfatiza Wesley de Oliveira Louzada que foi a partir da citada decisão que os tribunais passaram a admitir o dano moral, ainda que fundamentado em "bases muito frágeis e pressupostos errôneos", pois "apesar de reconhecer a reparabilidade, persistiu o critério monetarista, vez que o fundamento da reparação era não a dor e o sofrimento causado aos pais pela perda do filho, mas a expectativa de ganhos futuros do filho, bem como os gastos efetuados pelos pais na criação e educação do filho até o evento trágico."⁴⁸

De resto, como já se adiantou, tanto doutrina quanto a jurisprudência pacificaram o entendimento de que o ato ilícito pode ensejar, isolada ou cumulativamente, indenização por danos morais e patrimoniais. Neste sentido é a Súmula 37 do Superior Tribunal de Justiça: "São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral, oriundos do mesmo fato."

⁴⁷ *Op. cit.*, p. 93. Quanto ao argumento de carência de previsão legal, absolutamente superado a partir do quadro legal instituído pela Constituição de 1988, consignase que, antes disso, parte da doutrina já sustentava, invocando o "interesse moral" a que aludia o art. 76 do Código Civil de 1916, que qualquer dano, não apenas o material. Se era verdade que o art. 159 não fazia expressa previsão do dano moral, também era igualmente verdadeiro que o dispositivo não o excluía. Além disso, uma análise sistemática do Código Civil de 1916, com especial atenção ao disposto nos artigos 76, 1.547 e 1.548, conduziria à conclusão de admissão do dano moral pelo ordenamento jurídico pátrio.

⁴⁸ *Op. cit.*, p. 91.

A pacificação de alguns pontos, entretanto, não significou a ausência de controvérsias em outros. Paradoxalmente, a própria conceituação do dano moral (individual), a coincidência ou não de seu conceito com o dano extrapatrimonial, entre outros nuanças, permanecem problemáticas,⁴⁹ alimentando incertezas na compreensão do *dano moral coletivo*.

As divergências abrangem nomenclatura, critérios de distinção⁵⁰ e respectivos efeitos. Longe da pretensão de se referir a todas as correntes doutrinárias, indicam-se alguns pontos que, acredita-se, são proveitosos para o objetivo principal deste ensaio: a compreensão do *dano moral coletivo*.

Para uma primeira corrente, mais tradicional, o dano moral vincula-se diretamente a dor espiritual, a sentimentos negativos. A propósito, Yussef Said Cahali esclarece: "Segundo entendimento generalizado da doutrina, e de resto consagrado nas legislações, é possível distinguir, no âmbito dos danos, a categoria dos danos patrimoniais, de um lado, dos danos extrapatrimoniais, ou morais, de outro; respectivamente, o verdadeiro e próprio prejuízo econômico, o sofrimento psíquico ou moral, as dores, as angústias e as frustrações inflingidas ao ofendido."⁵¹

Embora com prestígio no passado, a associação necessária do dano moral com sofrimento psíquico não é a melhor e nem tem sido adotada majoritariamente nos tribunais. Outras duas correntes melhor conceituam o dano moral. Ambas têm em comum a desnecessidade da prova de sofrimento psíquico para a caracterização do dano moral.

De fato, a dor ou, mais amplamente, a afetação do bem-estar psicofísico não devem ser considerados pressupostos necessários para caracterização do dano moral. Naturalmente a perturbação ao es-

⁴⁹ Como registra Sergio Cavalieri: "O que configura e o que não configura o dano moral? Na falta de critérios objetivos, essa questão vem se tornando tormentosa na doutrina e na jurisprudência, levando o julgador a situação de perplexidade." *Op. cit.*, p. 97.

⁵⁰ Muito citada é a crítica de Aguiar Dias: "A distinção, ao contrário do que parece, não decorre da natureza do direito, bem ou interesse lesado, mas do efeito da lesão, do caráter de sua repercussão sobre o lesado. De forma que tanto é possível ocorrer dano patrimonial como dano moral em resultado de ofensa a bem material." *Op. cit.*, p. 729.

⁵¹ **Dano moral**. 2 ed. rev. atual e ampl. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1998, p. 19.

tado anímico da pessoa, bem como sua intensidade, são elementos que devem servir de ponderação na quantificação da indenização por dano moral. Nessa linha se sustenta que o dano moral se caracteriza como ofensa aos direitos da personalidade, vale dizer, honra, imagem, privacidade, integridade física entre outros. Para esta corrente, o dano moral se configura independentemente da dor psíquica ou afetação do estado anímico da pessoa.⁵²

Concepção mais atualizada da matéria propugna que o dano moral decorre necessariamente de ofensa à dignidade da pessoa humana, violação da cláusula geral de tutela da pessoa humana. A propósito, Maria Celina Bodin Moraes esclarece: "Tratar-se-á sempre de violação da cláusula geral de tutela da pessoa humana, seja causando-lhe um prejuízo material, seja violando direito (extrapatrimonial) seu, seja, enfim, praticando em relação à sua dignidade, qualquer 'mal evidente' ou 'perturbação', mesmo se ainda não reconhecido como parte de alguma categoria jurídica."⁵³

Fernando Noronha apresenta inovadora classificação dos danos, a qual coincide com a posição da Maria Celina Bodin de Moraes ao atribuir a expressão dano moral como exclusiva de dano à pessoa. Para o autor, numa classificação inicial, existem os danos pessoais, "quando são afetados valores ligados à própria pessoa do lesa-

⁵² Embora não se possa afirmar que o entendimento é absolutamente pacífico, o Superior Tribunal de Justiça, em diversas oportunidades, tem considerado o dano moral como mera violação a direitos da personalidade, o qual se configura independentemente de dor psíquica. Apenas a título ilustrativo, indique-se julgado em que a Corte concluiu que a mera violação do direito à imagem, espécie dos direitos da personalidade, é suficiente para caracterizar o dano moral. (REsp. 267.259-RJ, DJU: 18.12.2000). Na área registros indevidos em bancos de dados de proteção ao crédito (SPC, Serasa etc), entende o Superior Tribunal de Justiça que, para obter êxito em ação indenizatória por danos morais, não há necessidade de demonstrar que o registro irregular ocasionou dor. Neste aspecto o tema é pacífico. Vários acórdãos possuem, inclusive, a mesma ementa, *verbis*: "em se tratando de indenização decorrente de inscrição irregular no cadastro de inadimplentes, a exigência de prova do dano moral (extrapatrimonial) se satisfaz com a demonstração da existência da inscrição irregular." (AgRg. no AI 244.572-SP. Relator: Min. Carlos Alberto Menezes Direito. DJU: 17.12.1999; REsp. 204.036-RS, Min. Barros Monteiro, DJU: 23.08.1999). Outra controvérsia inerente a esta corrente diz respeito à possibilidade de as pessoas jurídicas serem titulares de direitos da personalidade e, conseqüentemente, sofrerem dano moral. Em que pese a pouca esclarecedora redação do art. 52 do Código Civil e o teor da a Súmula 227 do STJ ("A pessoa jurídica pode sofrer dano moral"), autorizada doutrina repudia a possibilidade de a pessoa jurídica sofrer dano moral, o qual deve sempre ser visto como ofensa à cláusula geral de dignidade da pessoa humana. Ver, por todos, Maria Celina Bodin Moraes, *op. cit.*

⁵³ *Op. cit.* p. 184. Adota esta corrente Wesley de Oliveira Louzada, sob o argumento de ser mais "coerente com o atual momento da civilística moderna, que busca reconduzir a pessoa humana ao centro do ordenamento civilístico, subordinando o objeto de direito à plena realização mterial, moral e espiritual do homem. Dessa forma, a dignidade da pessoa humana passa a ocupar lugar de destaque, como, aliás, laborou nosso constituinte, ao erigi-la à condição de princípio fundamental da República Federativa do Brasil, criando uma cláusula geral." *Op. cit.*, p. 78.

do, nos aspectos físico, psíquico ou moral, mesmo quando não seja caracterizável um direito de personalidade e, de outro lado, danos a coisas "quando se atingirem objetos do mundo externo (objetos materiais ou coisas incorpóreas)."⁵⁴

O dano moral, nessa linha, não se confunde com o dano extrapatrimonial, embora as expressões sejam, invariavelmente, tomadas no mesmo sentido. O enfoque adequado é no sentido de que "em contraposição aos danos patrimoniais, são extrapatrimoniais aqueles que se traduzem na violação de quaisquer interesses são suscetíveis de avaliação pecuniária". Portanto, de fato, "seria bom que a linguagem jurídica fizesse um esforço para corrigir a imprecisão terminológica que prevalece, na matéria. Há razões ponderosas que contra-indicam o uso da designação 'dano moral' como sinônima de dano extrapatrimonial [...] Só a designação 'extrapatrimonial' deixa claro que unicamente terá esta natureza o dano sem reflexos no patrimônio do lesado, e isso independentemente de se saber qual foi a origem desse dano: às vezes até pode ser resultado de atentado contra coisas."⁵⁵

O dano extrapatrimonial, na área de direitos metaindividuais, decorre da lesão em si a tais interesses, independentemente de afetação paralela de patrimônio ou de higidez psicofísica. A noção se aproxima da *ofensa ao bem jurídico* do direito penal que, invariavelmente, dispensa resultado naturalístico, daí a distinção de crimes material, formal e de mera conduta, bem como se falar em crime de perigo. Em outros termos, há que se perquirir, analisando a conduta lesiva em concreto, se o interesse que se buscou proteger foi atingido. Para ilustrar, a mera veiculação de publicidade enganosa ou

⁵⁴ O autor chama atenção que a distinção considera não o ato lesivo, mas a esfera jurídica em que a lesão se reflete. "De um mesmo fato, por exemplo, um acidente de trânsito, poder resultar danos materiais (destruição do veículo) e pessoais (lesões nas pessoas transportadas)." Em relação aos danos à pessoa, realiza uma sub-classificação: *danos corporais* (à saúde ou biológicos) e *danos anímicos* ou morais em sentido estrito. Os primeiros referem-se ao corpo, enquanto os morais são relativos à alma. O autor esclarece, ainda, que tanto os danos a pessoas como os danos a coisas podem ou não refletir-se em perdas patrimoniais para os lesados, razão porque não se deve confundir a classificação proposta com a que distingue entre danos patrimoniais e extrapatrimoniais. As duas classificações são, para o autor, "independentes e intercruzáveis" pois "os danos à pessoa que não se refletem em perdas patrimoniais podem ser chamados danos pessoais puros e estes serão divisíveis nas categorias danos corporais (ou biológicos) puros e danos anímicos (ou morais) puros; os danos à pessoa que se refletem em perdas patrimoniais serão os danos pessoais impuros, também subdivisíveis em corporais impuros e anímicos impuros [...]" *Op. cit.*, p. 557-563.

⁵⁵ Fernando Noronha, *op. cit.*, p. 567.

abusiva (art. 37 do CDC), independentemente de qualquer aquisição de produto ou serviço ou ocorrência de danos material ou moral (individual), configura lesão a direitos difusos e enseja, portanto, a condenação por *dano moral coletivo* que, repita-se, possui exclusivo caráter punitivo.

Conclui-se, portanto, que o dano extrapatrimonial não se confunde com o dano moral. Em que pese a redação dos dispositivos legais, que aludem a *dano moral coletivo*, mais preciso seria falar em dano extrapatrimonial.

Assim, é método impróprio buscar a noção de *dano moral coletivo* a partir do conceito, ainda problemático, de dano moral individual. Mais impróprio ainda é trazer para a discussão o requisito relativo à necessidade de afetação da integridade psíquica, pois até mesmo nas relações privadas individuais está se superando, tanto na doutrina como nos tribunais, a exigência de dor psíquica para caracterizar o dano moral.

No item seguinte, procura-se, com argumentos adicionais aos apresentados, demonstrar que o *dano moral coletivo* há de ser concebido como dano extrapatrimonial e função punitiva.

6. DANO MORAL COLETIVO: DANO EXTRAPATRIMONIAL COM FUNÇÃO PUNITIVA

Pelo exposto até aqui, algumas conclusões são possíveis.

O primeiro ponto é ressaltar - reiterar, na verdade - a expressa previsão no ordenamento jurídico nacional do *dano moral coletivo* (*caput* do art. 1º da Lei 7.347/85, com a nova redação decorrente da Lei 8.884/94, art. 6º, VI e VII, da Lei 8.078/90).

Em segundo lugar, como se demonstrou, o *dano moral coletivo* não se confunde com a pretensão decorrente de direito individual homogêneo. A ação civil pública pode veicular pretensões indenizatórias materiais e morais, mas, neste caso, cuida-se de soma de pretensões individuais. O valor da reparação é dirigido ao próprio interessado que deverá se habilitar no processo coletivo na forma prevista no art. 97, inclusive para realizar a liquidação do *quantum debeatur*.

O terceiro ponto é no sentido de que a dor psíquica ou, de modo mais genérico, a afetação da integridade psicofísica da pes-

soa ou da coletividade não é pressuposto para caracterização do dano moral coletivo. Não há que se falar nem mesmo em "sentimento de despreço e de perda de valores essenciais que afetam negativamente toda uma coletividade" (André Carvalho Ramos) "diminuição da estima, inflingidos e apreendidos em dimensão coletiva" ou "modificação desvaliosa do espírito coletivo" (Xisto Tiago). Embora a afetação negativa do estado anímico (individual ou coletivo) possa ocorrer, em face das mais diversos meios de ofensa a direitos difusos e coletivos, a configuração do denominado *dano moral coletivo* é absolutamente independente desse pressuposto.

Portanto, assiste razão à doutrina citada no sentido de que melhor seria falar em dano extrapatrimonial, até porque "o dano moral é mais restrito do que a noção de dano extrapatrimonial e, com isso, supera-se a exigência tradicional da dor e do sofrimento que lhe é característica".⁵⁶

Ainda que fosse realizada vinculação - indevida - à idéia de dano moral individual e todas as suas divergências conceituais, a conclusão seria a mesma, já que restou demonstrado que, para configuração do dano moral individual, a doutrina e o Superior Tribunal de Justiça não têm exigido a demonstração de eventual dor psíquica, seja em decorrência de ofensa a direitos da personalidade, seja como violação da cláusula geral de tutela da dignidade da pessoa humana.⁵⁷

A tendência em se referir a ofensa a "sentimentos coletivos" para caracterizar o dano moral coletivo é, sem dúvida, um reflexo, que precisa ser evitado, das discussões sobre a própria noção de dano moral individual, como já abordado.

O uso inapropriado da expressão *dano moral coletivo* pela legislação foi reflexo das divergências doutrinárias em torno da expressão *dano moral* e pela ausência de um modelo. O mais correto, na hipótese, é falar em *dano extrapatrimonial* que é nota própria da ofensa a direitos coletivos (*lato sensu*), principalmente aos difusos.

⁵⁶ Na linha defendida por Luis Gustavo Grandinetti, " *Op. cit.*, p. 33.

⁵⁷ A rigor, a utilização da expressão *dano moral* (individual) deve se restringir a hipóteses de ofensa à cláusula geral de proteção à dignidade da pessoa humana, como sustenta autorizada doutrina.

A propósito, Márcio Maфра observa: "O conteúdo dos direitos difusos não garante propriedade ou liberdade econômica, nem implica mitigação de desigualdades nesse campo. Os direitos difusos têm conteúdo não-patrimonial e tratam de dois aspectos fundamentais: *qualidade de vida* e uma concepção de igualdade vista como *direito à integração*, baseada em aspectos participativos nas várias esferas da vida social."⁵⁸

No mesmo sentido, se posiciona Edis Milaré: "É claro que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado *não é um direito patrimonial*, muito embora seja passível de valoração para efeito indenitário. Cuida-se de um direito fundamental e indisponível do ser humano."⁵⁹

Em se tratando de direitos difusos e coletivos, a condenação por dano moral (*rectius*: extrapatrimonial) se justifica em face da presença do interesse social em sua preservação. Trata-se de mais um instrumento para conferir eficácia à tutela de tais interesses, considerando justamente o caráter não patrimonial desses interesses metaindividuais. Qual seria, afinal, o valor do dano material representado por loteamento clandestino desfigurador da ordem urbanística de determinado município? Qual o valor do dano material decorrente de veiculação de publicidade enganosa ou abusiva? Qual o valor do dano material da poluição de um rio ou lago?

Até autores que apresentam resistência em relação à função punitiva da responsabilidade civil, aceitam tal possibilidade quando se trata de violação a direitos metaindividuais.

Fernando de Noronha, que considera secundária a função sancionatória da responsabilidade civil, afirma que ela assume especial relevo diante de ofensa aos direitos coletivos.⁶⁰

⁵⁸ *Op. cit.* p. 103. Como reforço, o autor cita a seguinte passagem de Barbosa Moreira: Veja-se, ainda, Barbosa Moreira, *verbis*: "[...] 'interesses difusos' não raro se mostram insuscetíveis de redução a valores monetariamente expressos - característica com a qual se relaciona de maneira direta a insuficiência, a seu respeito, da 'tutela ressarcitória'. É inconcebível que se compense mediante simples prestação em dinheiro o prejuízo consistente, v. g., na destruição da paisagem, na mutilação de monumentos históricos, na poluição do ambiente, etc." *Ibid.*, p. 103.

⁵⁹ "A ação civil pública em defesa do ambiente". In: **Ação Civil Pública: reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação**. MILARÉ, Edis (coord.) São Paulo, Revista dos Tribunais, 1995, p. 260.

⁶⁰ *Op. cit.*, p. 441-442.

Maria Celina Bodin de Moraes também aceita a função punitiva para situações de ofensa a direito difuso, *verbis*: "E de aceitar-se, ainda, um caráter punitivo na reparação de dano moral para situações potencialmente causadoras de lesões a um grande número de pessoas, como ocorre nos direitos difusos, tanto na relação de consumo quanto no Direito Ambiental. Aqui, a *ratio* será a função preventivo-precautória, que o caráter punitivo inegavelmente detém, em relação às dimensões do universo a ser protegido."⁶¹

Como argumento adicional para o reconhecimento do caráter punitivo do dano extrapatrimonial coletivo, o qual afasta a crítica quanto à possibilidade da função punitiva gerar enriquecimento da vítima,⁶² destaque-se que o valor da condenação não vai para o autor da ação coletiva, ele é convertido em benefício da própria comunidade, ao ser destinado ao Fundo⁶³ criado pelo art. 13 da Lei 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública), regulamentado, em nível *nacional*, pela Lei 9.008/95.⁶⁴

O denominado *dano moral coletivo* não se confunde com a indenização decorrente de tutela de direitos individuais homogêneos. Constitui-se em hipótese de condenação judicial em valor pecuniário com função punitiva em face de ofensa a direitos difusos e coletivos.⁶⁵

⁶¹ *Op. cit.*, p. 263.

⁶² Sobre a crítica, v. Wesley de Oliveira Louzada Bernardo, *op. cit.*, p. 177-178. Também, a propósito, Vítor Fernandes Gonçalves registra que a destinação do valor indenizatório ao fundo é de extrema importância para evitar o enriquecimento da pessoa autora de ação coletiva. *Op. cit.*, p. 241.

⁶³ De acordo com § 3º, do art. 1º, da Lei 9.008/95: "Os recursos serão aplicados na recuperação de bens, na promoção de eventos educativos, científicos e na edição de material informativo especificamente relacionados com a natureza da infração ou do dano causado, bem como da modernização administrativa dos órgãos públicos responsáveis pela execução das políticas relativas às áreas mencionadas no § 1º."

⁶⁴ Maria Celina registra, com propriedade: "Nesses casos, porém, o instituto não pode se equiparar ao dano punitivo como hoje é conhecido, porque o valor a maior da indenização, a ser pago "punitivamente", não deverá ser destinado ao autor da ação, mas, coerentemente com o nosso sistema, e em obediência às previsões da Lei nº 7.347/85, servirá a beneficiar um número maior de pessoas, através do depósito das condenações em fundos já especificados. Assim é que a mencionada lei, ao regular as ações de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor e a bens que específica, prevê em seu artigo 13." *Op. cit.*, p. 263.

⁶⁵ Tal conclusão importa avanço nas discussões doutrinárias em torno do assunto, como a relativa à afetação negativa de "sentimento da coletividade" e ainda, a distinção do *dano moral coletivo* da indenização por dano moral decorrente de tutela de direito individual homogêneo, mas não soluciona definitivamente outros problemas, entre eles a definição de critérios para fixação do valor condenatório, eventual caracterização de dupla punição pelo mesmo fato (quando tipificado como infração administrativa ou penal), necessidade, em concreto, de prova de culpa do autor (responsabilidade subjetiva ou objetiva). Vítor Fernandes Gonçalves enfrenta alguns pontos. No que diz respeito à

7. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, em 19 de maio de 2006, ao julgar o Resp. 598.281, caso em que se discutia a ofensa ao meio ambiente por conduta de empresa do setor imobiliário, entendeu, por maioria, na esteira do raciocínio do Min. Teori Zavascki, que "a vítima do dano moral é, necessariamente, uma pessoa. Não parece ser compatível com o dano moral a idéia de 'transindividualidade' (= da indeterminabilidade do sujeito passivo e da individualidade da ofensa e da reparação) da lesão."⁶⁶

O Min. Teori Zavascki não acatou a tese do Ministério Público de Minas Gerais, recorrente, segundo a qual o reconhecimento da ocorrência de dano ambiental implicaria necessariamente a condenação por *dano moral coletivo*, destacando ser "perfeitamente viável a tutela do bem jurídico salvaguardado pela Constituição (meio ambiente ecologicamente equilibrado), tal como realizada nesta ação civil pública, mediante a determinação de providências que assegurem a restauração do ecossistema degradado sem qualquer referência a um dano moral".

Além disso, de acordo com o voto vencedor, o Ministério Público não indicou em que consistiria o alegado dano moral (pessoas afetadas, bens jurídico lesados, etc.) "Ora, nem toda conduta ilícita importa o dano moral, nem, como bem observou o acórdão recorrido, se pode interpretar o artigo 1º da Lei da Ação Civil Pública de modo a 'tornar o dano moral indenizável em todas as hipóteses des-

proibição de dupla condenação pelo mesmo fato, releva salientar que o importante é que ocorra uma cuidadosa harmonização entre a ação penal e a civil, de molde a garantir que o réu não seja exposto a uma punição excessiva." *Op. cit.* p. 244-245. Em relação à quantificação do valor, o autor chega a propor acréscimo de parágrafo ao art. 12 da Lei 7.347/85, com a seguinte redação: "Na quantificação do dano moral coletivo a que se refere o parágrafo anterior, deverá o juiz ter em conta a gravidade do ato ilícito, a malícia do ofensor e a extensão do benefício ou lucro que obteve, o montante do prejuízo causado e outras circunstâncias que entender pertinentes, não devendo o valor total da indenização punitiva redundar na insolvência da pessoa física ou falência da pessoa jurídica responsável." *Ibid.*, p. 245-246.

⁶⁶ Ao final, a ementa do julgado ficou assim redigida: "PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO AMBIENTAL. DANO MORAL COLETIVO. NECESSÁRIA VINCULAÇÃO DO DANO MORAL À NOÇÃO DE DOR, DE SOFRIMENTO PSÍQUICO, DE CARÁTER INDIVIDUAL. INCOMPATIBILIDADE COM A NOÇÃO DE TRANSINDIVIDUALIDADE (INDETERMINABILIDADE DO SUJEITO PASSIVO E INDIVISIBILIDADE DA OFENSA E DA REPARAÇÃO). RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO. (STJ). Resp 598.281, Rel. Ministro Luiz Fux, Rel. p/ Acórdão Ministro Teori Zavascki, julgado em 02.05.2006, DJ 01.06.2006).

critas nos incisos I a V do artigo 1º da referida lei". Foi indicado, ainda, que o dano moral envolve necessariamente, dor, sentimento, lesão psíquica.

De outro lado, o Min. Luiz Fux, em voto vencido, consignou, com acerto, que o meio ambiente tem valor inestimável para a humanidade, tendo alçado a eminência constitucional. De acordo com ele, a leitura do dano moral, a partir da Constituição Federal de 1988, evidencia que está superada a barreira do indivíduo para abranger o dano extrapatrimonial à pessoa jurídica e à coletividade.

Como se observa, todas as dificuldades apresentadas ao longo do ensaio refletiram-se no aludido julgamento.

O voto que prevaleceu, negando a ocorrência de *dano moral coletivo*, não seguiu, com a devida vênua, a melhor compreensão da matéria.

Como exaustivamente demonstrado, o *dano moral coletivo* pouco tem a ver com o dano moral individual. E ainda que fosse feita tal vinculação, não se exige hoje, para uma necessária caracterização do dano moral (individual), qualquer afetação à integridade psíquica da pessoa. Tal exigência, por qualquer ângulo, é descabida na configuração do *dano moral coletivo*.

A condenação por dano moral coletivo é sanção pecuniária por violação a direitos coletivos ou difusos. O valor imposto pelo juiz é destinado ao fundo criado pelo art. 13 da Lei 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública). O caráter da condenação é exclusivamente punitivo. Não se objetiva a reparação de dano material, embora seja possível (e recomendável) cumular pedidos reparatório e condenatório por *dano moral coletivo*.

O objetivo da lei, ao permitir expressamente a imposição de sanção pecuniária pelo Judiciário, a ser revertida a fundos nacional e estadual, foi basicamente de *reprimir* a conduta daquele que ofende direitos coletivos e difusos. Como resultado necessário dessa atividade repressiva jurisdicional surgem os efeitos - a função do instituto - almejados pela lei: prevenir a ofensa a direitos transindividuais, considerando seu caráter extrapatrimonial e inerente relevância social.

Assim, em tese, qualquer ofensa a direitos coletivos ou difusos, além da reparação por dano material, enseja a condenação, com exclusivo propósito punitivo, por *dano moral coletivo* (*rectius*: dano extrapatrimonial), como referido pelo voto do Min. Luiz Fux.⁶⁷ 

⁶⁷ Naturalmente, outros pressupostos, que não foram objeto de discussão neste artigo, precisam ser enfrentados, tais como a definição de critérios para fixação do valor condenatório, eventual caracterização de dupla punição pelo mesmo fato (quando tipificado como infração administrativa ou penal), necessidade, em concreto, de prova de culpa do autor (responsabilidade subjetiva ou objetiva).

Princípios Gerais do Novo Código Civil

Antonio Augusto de Toledo Gaspar
Juiz de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de São Gonçalo. Dirigente do 2º NURC - Niterói/RJ

Nesta exposição trataremos da citação dos três princípios que fundamentam o novo Código Civil, analisando de forma detida o que busca a novel legislação, tendo em vista o surgimento, pós-Constituição de 1988, do que se denominou Direito Civil Constitucional, visto que, tradicionalmente, o direito codificado esgotava o fenômeno jurídico. Como diz Norberto Bobbio, tem-se a crença de que o Código, uma vez emanado, basta completamente a si próprio.

Tem-se a ciência de que a elaboração do novo código é oriunda do projeto concebido no início da década de 70, tendo o mesmo tramitado de forma muito lenta até a sua recente conversão em lei.

Assim, face às prementes necessidades decorrentes da constante modificação da sociedade, buscando-se, pois, suprir as lacunas do Código Beviláqua, preferiu o legislador ordinário, naquele período, utilizar-se de espécies normativas extravagantes que funcionariam *a latere* da codificação, o que indicava seguimento à tendência da descodificação já utilizada em muitos países europeus.

Dentro de todo este contexto, já se via, em algumas das referidas espécies normativas extravagantes, o intuito do Poder Público de participar de forma mais incisiva das relações jurídico-civis. Ora, sabe-se que a dicotomia Direito Público X Direito Privado surgiu justamente em razão da participação estatal em um dos pólos da relação jurídica, participação esta que era vista à luz dos que integravam a relação jurídica em análise. Assim, em não participando o

Poder Público da relação jurídica, não teria o mesmo intenso interesse em tal relação, motivo pelo qual as normas que a regulavam eram de ordem eminentemente facultativa, ou seja, colocava-se à disposição das partes a possibilidade de utilizarem-se daquela norma ou, muito por força do princípio da autonomia da vontade, normatizarem a sua relação, abrindo mão do texto legal. Por isso, repita-se, normas facultativas ou dispositivas.

Entretanto, também não se pode olvidar que o Poder Público, ainda que de forma raquítica, sempre interferiu diretamente em determinadas relações entre particulares, como, por exemplo, no direito de família, emitindo normas cogentes, posto que se sabe o interesse daquela na célula mater da sociedade.

O que aconteceu no período que antecedeu ao código, principalmente durante a tramitação, diz respeito à interferência do Poder Público naquelas relações que eram tradicionalmente reguladas por normas dispositivas, principalmente em tema atinente aos negócios jurídicos, mais precisamente aos contratos, onde o *pacta sunt servanda* reinava absoluto.

Neste diapasão, com o advento da Constituição da República, passou-se à realização de elaboração e conseqüente interpretação da legislação infraconstitucional, em consonância com a principiologia por ela tratada, estabelecendo-se, sempre, a necessidade de ser feito um juízo de ponderação (preponderância) acerca de qual interesse em jogo deveria prevalecer, chegando-se à conclusão dever ter preponderância o interesse constitucionalmente protegido. É o que vem se denominando de princípio constitucional da razoabilidade ou da proporcionalidade, expressões utilizadas como sinônimos na jurisprudência dos tribunais superiores, malgrado a existência e distinção eminentemente teórica por parte da doutrina. Preferimos adotar o posicionamento jurisprudencial.

Traz o texto constitucional, como um dos seus fundamentos, a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CR/88), e como objetivo constitucional as diretrizes previstas no art. 3º. Surge, assim, o Direito Civil Constitucional, que gera a elaboração de espécies normativas a exigir dita interpretação, como, por exemplo, se deu com a Lei nº 8.078/90 e a Lei nº 8.245/91, demonstrando-se a interferência esta-

tal com a emissão de normas cogentes em relações entre particulares, visando a consecução do princípio e objetivos acima mencionados.

Vem à tona, pois, o novo Código Civil, impregnado desta essência constitucional, sendo alavancado por três princípios, segundo Miguel Reale: a) eticidade; b) operabilidade; c) socialidade.

A eticidade consiste em se deixar de lado a técnica eminentemente jurídica, para valoração do que é legítimo/justo, enquanto a operabilidade diz respeito à facilidade para aplicação do texto legal aos mais variados casos. Ditos princípios materializam-se, principalmente, pela técnica legislativa de utilização das cláusulas gerais ou conceitos jurídicos indeterminados.

Tais cláusulas viabilizam, através de um juízo discricionário - porém dentro da razoabilidade e proporcionalidade, levando-se em conta a ponderação já referida - a proteção da pessoa humana nas relações eminentemente patrimoniais, independente da existência de norma específica para tanto.

Portanto, o que se exige do intérprete é a aplicação da norma à luz da dignidade da pessoa humana, sendo esta o valor máximo do ordenamento.

Vêm as cláusulas gerais previstas esparsamente no Código Civil, sendo de grande interesse, neste momento, a análise daquelas previstas nos artigos 12 e 21, que referem-se aos direitos da personalidade, bem como daquelas constantes dos artigos 113 e 442, referentes aos negócios jurídicos.

A partir dos artigos 11 e seguintes, trata o ordenamento civil dos direitos da personalidade, onde se pode observar a presença de situações jurídicas-tipo, não ficando, contudo, o intérprete jungido às mesmas em razão das cláusulas gerais previstas nos artigos 12 e 21, que, se interpretadas constitucionalmente, viabilizarão a defesa de forma extremamente abrangente de todos os direitos da pessoa humana arrolados explícita ou implicitamente. Cabe, aqui, uma observação de ordem técnica, qual seja: a expressão personalidade, tradicionalmente utilizada como suscetibilidade de direitos e deveres, vem sendo modernamente usada para referência tão-só à pessoa humana, preferindo-se a utilização da expressão subjetividade, para que não haja confusão ontológica entre a pessoa física e a pes-

soa jurídica. Aquela sim é a *ratio* que deve se espriar por todo o ordenamento infraconstitucional em razão do desiderato constitucional. Repita-se: ao se falar em tutela da personalidade, leia-se tutela da pessoa humana. Tanto assim, que o art. 52 do novo Código estabelece que aplicam-se às pessoas jurídicas, no que couber, a proteção dos direitos da personalidade. A expressão “no que couber”, bem utilizada, visa, justamente, demonstrar a diferenciação entre os dois entes, malgrado a pessoa jurídica possa ser titular de direitos também integrantes do patrimônio ideal da pessoa física, como, por exemplo, a hipótese da honra objetiva, viabilizadora do reconhecimento do dano moral à pessoa jurídica.

No que concerne aos negócios jurídicos, vemos importantes cláusulas gerais nos artigos 113 e 442, devendo as mesmas ser interpretadas de acordo com o art. 1º, III e 170, do texto constitucional, este último regulador dos princípios da atividade econômica, a ensejar o correto entendimento do que é chamado de boa-fé objetiva.

Derradeiramente, há que se analisar o princípio da socialidade, onde se vê o objetivo do novo código de superar o manifesto caráter individualista do direito civil tradicional, predominando o social sobre o individual. Dentre os exemplos mais claros está o da exigência, em diversos setores da seara cível, do alcance da função social, expressão que não deixa de ser observada também como uma cláusula geral, a ela se aplicando os princípios acima mencionados, bem como a forma de interpretação já exposta. Cite-se o disposto nos arts. 421, 1.238, 1.239, 1.242 e, principalmente, no art. nº 1.228, §§ 4º e 5º.

Portanto, a título de conclusão, é o que se espera da interpretação do novo Código Civil. Uma interpretação ética, operacional e social, o que só poderá ser alcançado se em consonância com a principiologia da constituição, mais precisamente se erigida sempre à categoria de interesse em que deve preponderar a dignidade da pessoa humana. ☐

Teoria Geral, Poderes e Limites das Comissões Parlamentares de Inquérito

Leonardo Scofano Damasceno Peixoto
Defensor Público do Estado de São Paulo. Formado pelo Curso de Preparação à Carreira da Magistratura (EMERJ). Pós-graduado em Direito Público e Direito Privado pela EMERJ/Estácio de Sá.

1. BREVE HISTÓRICO E NATUREZA JURÍDICA

A origem remota das comissões parlamentares de inquérito advém da Roma Antiga, início do século VII a.C. Conforme Wilson Accioli¹, ao Senado incumbia a tarefa de proteger o erário romano da má administração, concussão e corrupção das autoridades públicas. Os governadores das províncias eram os mais fiscalizados pelos *iuris permanentes*, chamados vulgarmente de *questiones perpetuae*, figura mais semelhante da CPI moderna.

A origem próxima das comissões parlamentares de inquérito está ligada à Inglaterra no Século XVII. Segundo Margaret de Oliveas Valle dos Santos, o surgimento das comissões parlamentares de inquérito foi em 1689, mesmo ano em que foi editado o **Bill of Rights** pelo Parlamento Inglês, encerrando a fase de transição das estruturas medievais absolutistas para um sistema de governo parlamentar, com a divisão dos Poderes, geradora do Direito Constitucional Moderno².

¹ ACCIOLI, Wilson. *Comissões parlamentares de inquérito: instrumentos de ação política*. São Paulo: ED, 1990, p. 14 e 15.

² SANTOS, Margaret de Oliveas Valle dos. *Comissões parlamentares de inquérito e violações ao direito fundamental à privacidade: o papel do estado democrático de direito na garantia dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p.168 e 169.

No caso, a Câmara dos Comuns nomeou uma Comissão Especial - *Select Comitees* - para investigar questões de interesse do país, especialmente a guerra na Irlanda. Tal investigação resultou no indiciamento do Coronel Lundy, cujo retorno à Inglaterra foi determinado pela Coroa, onde este fora julgado por traição.

Nos Estados Unidos da América, as comissões parlamentares de inquérito já existiam desde os tempos de colônia. As investigações tinham um caráter consuetudinário, isto é, não havia previsão constitucional ou legal. O Estado de Maryland era o único que previa constitucionalmente o poder de investigação do Parlamento.

No século XIX, as comissões parlamentares de inquérito foram disseminadas por toda a Europa Ocidental e pela América do Sul, principalmente Itália, França, Alemanha, Argentina e Brasil.

A Constituição Imperial Brasileira de 1824 não previu expressamente as comissões parlamentares de inquérito. No entanto, o seu artigo 15, inciso IX conferiu amplos poderes à Assembléia Geral para proteger a Constituição e promover o bem geral da nação, o que se pode concluir pela possibilidade de criação das comissões parlamentares de investigação.

O art. 36 da Constituição Brasileira de 1934, por sua vez, estabeleceu dispositivo expresso que autorizava à Câmara dos Deputados a criação das Comissões de Inquérito para apurar fatos determinados, mediante requerimento de um terço de seus membros. A Carta Constitucional de 1937, que criou o Estado Novo de Getúlio Vargas, revogou a possibilidade de criação das comissões parlamentares de inquérito. Já a Constituição de 1946, que redemocratizou nosso ordenamento jurídico, resgatou e ampliou para o Senado a função de criar as comissões.

A Constituição de 1967 inovou ao permitir que a Câmara dos Deputados e o Senado Federal criassem as comissões parlamentares, isolada ou conjuntamente, mediante certo prazo de duração. Trata-se da chamada Comissão Parlamentar Mista de Inquérito. A Carta ditatorial de 1969 conservou as comissões, todavia restringiu em cinco o número máximo de Comissões que poderiam funcionar concomitantemente, ressalvando o caso de deliberação em contrário da maioria de cada Casa do Congresso.

Hoje, o artigo 58, § 3º da Constituição de 1988 estabelece que as comissões parlamentares de inquérito, com poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, serão criadas pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, em conjunto ou separadamente, mediante requerimento de um terço de seus membros, para a apuração de fato determinado e por prazo certo, sendo suas conclusões, se for o caso, encaminhadas ao Ministério Público, para que promova a responsabilidade civil ou criminal dos infratores.

A comissão parlamentar de inquérito remonta a velha idéia de separação de poderes, tão discutida pelos pensadores ocidentais no decorrer dos séculos. Aristóteles já dizia que a concentração de poderes nas mãos de um só indivíduo é perigosa e injusta³. Daí a necessidade da separação dos poderes públicos, visto que o homem é egoísta pela própria natureza e capaz de cometer atrocidades (*uomo lupus uominì*).

A renomada obra de Montesquieu, *Do Espírito das Leis*, consagrou a teoria da separação dos poderes, calcada no princípio de que os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário são independentes e harmônicos entre si. O referido princípio foi transformado em dogma na Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, e está consignado no artigo 2º da Constituição da República Federativa do Brasil.

A independência e harmonia entre os Poderes reportam à autonomia funcional, ou seja, ausência de subordinação. Entretanto, a independência não é absoluta, pois há uma interpenetração entre os Poderes com a finalidade de sanar os atos despóticos ou excessivos das autoridades públicas. O referido instrumento de controle recíproco é o chamado sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*), o qual possibilita a invasão de atribuição privativa alheia.

O constitucionalismo moderno vem lançando críticas à denominação "separação de poderes", em contraste com a doutrina liberal clássica. Segundo Alexandre de Moraes⁴, todos os poderes exer-

³ PEIXINHO, Manuel Messias; GUANABARA, Ricardo. *Comissões parlamentares de inquérito: princípios, poderes e limites*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 4.

⁴ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 373.

cem funções únicas do Estado, pois o poder soberano é uno e indivisível.

No tocante à natureza jurídica, aspecto formal, a comissão parlamentar de inquérito é uma projeção orgânica da sua respectiva Casa Legislativa, ou seja, tem natureza de comissão temporária. As comissões são concebidas como órgãos técnicos de estudo e investigação, distribuídas na estrutura interna de cada Casa Legislativa.

As comissões podem ser permanentes ou temporárias. As comissões permanentes subsistem às legislaturas, com o propósito de discutir e votar projeto de lei que dispensar, na forma do regimento interno, a competência do Plenário, salvo se houver recurso de um décimo dos membros da Casa Legislativa; convocar Ministros de Estado para prestar informações; receber representações de qualquer pessoa contra atos ou omissões das autoridades públicas; realizar audiências públicas com entidades da sociedade civil; solicitar depoimento de qualquer cidadão e apreciar programas de obras, planos nacionais, regionais e setoriais de desenvolvimento econômico, conforme o artigo 58, § 2º da Constituição da República.⁵

As comissões temporárias sobrevivem até o término da legislatura ou, antes dele, quando alcançado o fim a que se destinam ou expirado seu prazo de declaração.⁶ As comissões temporárias podem ser especiais, externas e de inquérito. A última espécie trata exatamente da comissão parlamentar de inquérito, que visa a investigar fatos determinados e relacionados com a vida pública do país.

Quanto ao conteúdo, a natureza jurídica do inquérito parlamentar é *sui generis*, visto que se diferencia substancialmente dos demais inquéritos pelo seu caráter eminentemente político. O falecido doutrinador Hely Lopes Meirelles⁷ entendia que o inquérito parlamentar era um procedimento judicialiforme.

Em decorrência do alarde de uma CPI, o devido processo legal se torna sagrado no inquérito do povo. Conseqüentemente, estão

⁵ MORAES, Guilherme Peña de. *Direito constitucional - teoria do estado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

⁶ MORAES, Guilherme Pena de. *Ob.cit.*, p. 372.

⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. "Comissão parlamentar de inquérito", in *Estudos e Pareceres de Direito Público*. Vol.XI. São Paulo: ERT, 1991, p. 370 e 371.

assegurados o contraditório, a ampla defesa, a motivação suficiente, a assistência do advogado, o controle jurisdicional e a publicidade. A ausência dessas garantias acarretaria a investida de arbitrariedades em detrimento dos indiciados e o funcionamento como um verdadeiro Tribunal de Exceção.

O inquérito parlamentar tem a característica de um sistema acusatório por excelência. Distingue-se do inquérito policial, em que prevalece o sistema inquisitório. No entanto, a finalidade de ambos os inquéritos é quase a mesma. A única diferença é a amplitude do fim colimado pela comissão parlamentar de inquérito, pois, além de apurar irregularidades e encaminhar o relatório final ao Ministério Público, tem o objetivo de investigar determinado fato visando a uma legislação posterior mais eficiente.

Impende referir, ainda, que a existência simultânea de investigações já instauradas por outros órgãos estatais (como, por exemplo, o Departamento de Polícia Federal, o Ministério Público Federal, o Tribunal de Contas da União, a Controladoria-Geral da União, o Ministério da Defesa, a Infraero e a ANAC na CPI do "apagão aéreo") não impede que as Casas do Congresso Nacional promovam inquéritos parlamentares independentes, unilaterais e autônomos (RTJ 177/229).⁸

2. PRINCÍPIOS NORTEADORES

Princípios são normas que exigem a realização de algo, da melhor maneira possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas. Os princípios são mandados de otimização que podem ser cumpridos em diversos graus. Segundo a teoria da argumentação, o papel dos princípios na solução dos casos concretos é o fornecimento das diretrizes para fundamentar as decisões jurídicas, evitando que o juiz decida de acordo com sua vontade.

Ronald Dworkin⁹ faz a distinção entre princípios e regras jurídicas: enquanto as regras seguem a máxima do "tudo ou nada", ou seja, aplicam-se ou não à situação concreta; os princípios possuem uma dimensão de peso e importância, por sua abstração e alto grau

⁸ STF - MS 26.441 (MC) - Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 09.04.2007.

⁹ DWORKIN, Ronald. *Is law a system of rules?* Oxford University Press, 1977, p.45.

de generalidade, o que faz com que a sua não-utilização em um caso concreto não os invalide para situações futuras.

O jurista germânico Robert Alexy¹⁰, próximo às idéias de Dworkin, distingue as regras dos princípios pelo critério da generalidade, embora ambos sejam espécies de normas. Enquanto os princípios são dotados de alto grau de generalidade, as regras têm baixo grau.

Alexy aduz outra diferença, pelo critério da qualidade, na colisão de princípios e no conflito de regras. Na colisão de princípios, existe a ponderação dos valores envolvidos, sem, contudo, excluir qualquer um deles do sistema, ou seja, um princípio cede ao outro, mas continua válido para ser usado no futuro. Já em relação às normas, o conflito desencadeia-se no âmbito da validade, gerando a prevalência de uma e invalidade da outra.

Os critérios para a ponderação de princípios foram desenvolvidos pela doutrina alemã, por meio do princípio da proporcionalidade, chamado pelos americanos de razoabilidade, que possui três elementos que devem ser analisados para dar resposta ao caso concreto: (1) Adequação - os meios justificam os fins almejados; (2) Necessidade - escolha do meio menos gravoso ou proibição de excesso; (3) Proporcionalidade em sentido estrito - intensidade da providência adotada.

Diante de tamanha importância, os princípios são dotados de outras funções versáteis, como: informadores na elaboração da norma, construtores da formulação da filosofia dominante, normativos na norma positiva, interpretativos no entendimento da norma e integrativos nas omissões legislativas.

Eis os princípios constitucionais aplicados às comissões parlamentares de inquérito:

(I) Legalidade estrita - A legalidade é a consagração do Estado de Direito, em que a Administração Pública e todos os cidadãos submetem-se ao império da lei. O aludido princípio declara, no art. 1º, parágrafo único da Constituição da República Federativa do Brasil, a soberania do povo contra qualquer espécie de totalitarismo.

¹⁰ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. São Paulo: Landy, 2001, p. 55.

O princípio da legalidade está previsto explicitamente nos artigos 5º, inciso II e 37, *caput* da Constituição da República, dispondo que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

A Administração Pública restringe-se à estrita legalidade, ou seja, só pode fazer o que a lei permite. Diferente da iniciativa privada, que goza da legalidade genérica, isto é, pode fazer tudo o que a lei não veda. Portanto, o poder de investigação das comissões parlamentares de inquérito só pode ser realizado mediante autorização legal (artigo 58, § 3º da Constituição da República; Lei 1.579/52; Regimentos Internos da Câmara dos Deputados e do Senado Federal).

(II) Publicidade - A publicidade é a ampla divulgação dos atos administrativos realizados pelos parlamentares na CPI, salvo nas hipóteses legais de sigilo, como, por exemplo, a exposição da intimidade de determinada pessoa sem qualquer benefício ao interesse público.

A Carta da República, a Lei 1.579/52 e os Regimentos das Casas Legislativas silenciam quanto à existência da publicidade nas comissões parlamentares de inquérito. No entanto, evidente que as comissões também estão sujeitas ao princípio da publicidade, visto que o poder de investigação é próprio das autoridades judiciais, existindo o dever de publicação de suas decisões, como assevera o artigo 93, inciso IX da Constituição da República.

Destarte, os atos praticados pelos parlamentares, no inquérito da grande nação, devem ser exercidos às claras, pois os dissabores de processos arbitrariamente sigilosos serão eliminados sob o manto da publicidade.

(III) Devido processo legal - O princípio do devido processo legal reporta-se à Magna Carta de João Sem Terra de 1215, artigo 48, *in verbis*: "ninguém poderá ser detido, preso ou despojado de seus bens, costumes e liberdades, senão em virtude de julgamento de seus pares, *segundo as leis do país*."¹¹ (grifo nosso).

¹¹ PINHEIRO, Ralph Lopes. *História Resumida do Direito*. 7. ed. Rio de Janeiro: THEX, 1999, p. 73.

No referido dispositivo histórico, o termo "devido processo legal" ainda era inexistente, sendo representado pelo brocardo latino *per legem terrae*. Logo após, a Constituição Norte-Americana foi influenciada, utilizando o termo *by the law of the land*, até o surgimento da consagrada terminologia *due process of law*.

O devido processo legal, previsto no art. 5º, inciso LIV da Constituição da República, é o princípio reitor do ordenamento jurídico. Trata-se de um dogma constitucional que salvaguarda todas as garantias processuais. Na Carta Magna, bastaria a solitária previsão do devido processo legal para que fosse assegurado qualquer direito fundamental.

O princípio do devido processo legal subdivide-se em adjetivo e substantivo. O devido processo legal adjetivo é exatamente o dogma que assegura as garantias do indivíduo enquanto parte processual, como, por exemplo, a motivação suficiente, a isonomia, o duplo grau de jurisdição, o contraditório e a ampla defesa.

Já o devido processo legal substantivo nada mais é que o princípio da razoabilidade, que assegura a realização do justo nas atividades estatais. Para que um ato seja justo é essencial uma conduta razoável, ponderável e que represente a realidade da vida. Na razoabilidade sempre existirá uma balança entre o proveito gerado e o malefício criado pelos bens jurídicos, eis a ponderação de interesses: será sacrificado o bem que produzir menos benefícios ao caso concreto.

(IV) Contraditório e ampla defesa - O contraditório, também chamado de princípio da audiência bilateral (*audiatur et altera pars*), garante ao indiciado e às testemunhas o direito de informação (ciência dos atos processuais) e a possibilidade de manifestação (defesa). No contraditório, em regra, a defesa é a última a se manifestar.

Em nosso ordenamento jurídico também existe a figura do contraditório diferido, cuja manifestação de uma das partes se dará após a manifestação da outra parte, sendo que entre estas haverá uma decisão judicial. É o caso, por exemplo, da interceptação telefônica.

O princípio da ampla defesa comporta dois desdobramentos. A autodefesa, primeiro desdobramento, realiza-se no interrogatório e tem o caráter facultativo, ou seja, o indiciado tem o direito ao silêncio (*nemo tenetur se detegere*). O segundo desdobramento é

a defesa técnica, realizada pelo representante postulador do indiciado no decorrer do inquérito parlamentar.

Trata-se, na verdade, de um requisito essencial à validade de uma CPI, ou seja, a não-observância acarreta a nulidade de todo o procedimento investigatório parlamentar.

(V) Assistência do Advogado - O art. 133 da Constituição da República assevera que "o advogado é indispensável à administração da justiça". Evidentemente, as comissões parlamentares de inquérito não poderão impedir que os investigados façam-se acompanhar de seus advogados, nem tampouco cercear-lhes o exercício da atividade profissional. A atuação do advogado é fundamental à preservação dos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. Como delata Piero Calamandrei: "os advogados são as supersensíveis antenas da justiça"¹².

O artigo 7º da Lei 8.906/94 estabelece os direitos do advogado no exercício da profissão tais como o de reclamar, verbalmente ou por escrito, perante qualquer autoridade, contra a não-observância de preceito de lei, regulamento ou regimento (inciso XI); o de falar, sentado ou de pé, em órgão do Poder Legislativo (inciso XII); o de comunicar-se com seu cliente pessoal e diretamente, sem, porém, substituí-lo no depoimento (ato personalíssimo), para adverti-lo de que lhe assiste o direito de permanecer em silêncio, fundado no privilégio jurídico contra a auto-incriminação; o de opor-se a qualquer ato arbitrário ou abusivo cometido contra o seu cliente por membros da CPI, inclusive naquelas hipóteses em que, no curso do depoimento, venha a ser eventualmente exibida prova de origem ilícita.

(VI) Motivação suficiente - Também chamado pelos portugueses de princípio da fundamentação expressa, determina que todas as decisões tomadas pela Administração Pública devem ser arazoadas e fundamentadas na lei, não importa que o ato seja vinculado ou discricionário. O art. 93, inciso IX da Constituição de 1988

¹² CALAMANDREI, Piero. *Eles, os juízes, vistos por nós, os advogados*. Lisboa: Livraria Clássica, 1960, p. 57.

prescreve a obrigatoriedade da fundamentação de todas as decisões judiciais, sob pena de nulidade.

José Joaquim Gomes Canotilho¹³ doutrina com brilhantismo que a exigência da motivação das sentenças exclui o caráter voluntarístico e subjetivo do exercício da atividade jurisdicional, possibilita o conhecimento da racionalidade e coerência da argumentação do juiz e permite às partes interessadas invocar perante às instâncias superiores competentes os eventuais vícios e desvios dos juízes.

O entendimento do Supremo Tribunal Federal¹⁴ é pacífico no sentido de que as comissões parlamentares de inquérito, no desempenho de seus poderes de investigação, estão sujeitas às mesmas normas e limitações que incidem sobre os magistrados, quando no exercício de igual prerrogativa. Por tal razão, impõe-se o dever de fundamentar a qualquer CPI, principalmente as deliberações que mitiguem os direitos fundamentais.

(VII) Controle judicial - O controle dos atos do Poder Legislativo pelo Poder Judiciário aplica-se às comissões parlamentares de inquérito, pois estas são projeções orgânicas do Legislativo que atuam sob delegação de competência. Seria um despautério reconhecer as comissões como órgãos autônomos e independentes, considerando que nossa Constituição Federal delinea minuciosamente os órgãos independentes e harmônicos entre si.

A CPI, qualquer que seja o fato determinado que tenha justificado a sua instauração, não pode extrapolar os parâmetros estabelecidos pela ordem jurídica, no que concerne à extensão dos seus poderes investigatórios, sob pena de abuso de poder. José Alfredo de Oliveira Baracho¹⁵ reconhece esses possíveis desvios jurídicos como atos ultravires dos órgãos de investigação parlamentar, suscetíveis de controle jurisdicional.

¹³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 4 ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1989, p. 589.

¹⁴ STF - Pleno - MS 23454/DF - Rel. Min. Marco Aurélio ;
STF - Pleno - MS 23491/DF - Rel. Min. Celso de Mello;
STF - Pleno - MS 23466/DF - Rel. Mi. Sepúlveda Pertence;
STF - Pleno - MS 23553/DF - Rel. Min. Néri da Silveira.

¹⁵ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Teoria geral das comissões parlamentares - comissões parlamentares de inquérito**. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 147.

O artigo 5º, inciso XXXV da Constituição da República consagra o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, ao estabelecer que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

Entretanto, não consagra expressamente a competência da Suprema Corte para apreciar e julgar os atos emanados das Comissões Parlamentares de Inquérito. O próprio Supremo Tribunal Federal tem entendido ser competente para exercer o controle dos atos praticados pelas comissões em sede de *habeas corpus* e Mandado de Segurança¹⁶.

No tocante aos princípios norteadores específicos:

(I) Transitoriedade - As comissões parlamentares de inquérito não podem ter caráter permanente. Concluído seu trabalho, tomadas as providências necessárias e apresentado o relatório final de sua investigação ao plenário, esgotam-se suas funções, não havendo mais razão de existência.

O art. 5º, § 2º da Lei 1.579/52 estabelece que os trabalhos das comissões terminam com a sessão legislativa que a tiver instituído, salvo se houver prorrogação dentro da legislatura. Enquanto o art. 35, § 3º do Regimento Interno da Câmara dos Deputados determina o prazo de 120 dias para funcionamento de suas comissões, podendo ser prorrogado por mais 60 dias.

Note-se que o termo final da legislatura em que foi constituída a CPI é o limite intransponível de duração. Observe-se que são admitidas sucessivas prorrogações indispensáveis à investigação, desde que ocorram dentro do presente mandato legislativo.

(II) Formalidade - A principal formalidade é o requerimento de, no mínimo, um terço da totalidade dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, para que seja criada a comissão de investigação (artigo 58, § 3º da Constituição da República). A exegese do dispositivo aclama a vontade da minoria porque o governo geralmente detém a maioria da base parlamentar, e os alia-

¹⁶STF - HC 71039 - Rel. Min. Paulo Brossard, DJ06.12.1996.

dos tendem a obstruir todos os requerimentos que visem a esquadri-
nhar os atos do governo. A fiscalização da minoria consagra o Esta-
do Democrático de Direito¹⁷.

O artigo 35, § 4º do Regimento Interno da Câmara dos Depu-
tados ainda impõe outra formalidade, a de proibir a criação de uma
CPI, se estiverem funcionando ao menos cinco, salvo se o projeto de
resolução for assinado por um terço dos parlamentares.

A restrição estabelecida no § 4º do artigo 35 do Regimento
Interno da Câmara dos Deputados está em consonância com os
incisos III e IV do artigo 51 da Carta Magna, que conferem a essa
Casa Legislativa a prerrogativa de elaborar o seu regimento interno
e dispor sobre sua organização. Tais competências são um poder-
dever que permite regular o exercício de suas atividades constitui-
cionais (ADI 1.635, Rel. Min. Maurício Corrêa, julgamento em 19-10-
00, DJ de 5-3-04).

(III) Representação Proporcional - O princípio da represen-
tação proporcional atribui a exigência da representação de todos os
partidos e grupos ideológicos que compõem o Parlamento. No que
diz respeito à composição das comissões de inquérito, cada partido
deverá ter em cada comissão um número proporcional de Deputa-
dos e Senadores do Plenário.

(IV) Colegialidade - O princípio da colegialidade, previsto
no artigo 47 da Constituição da República, prestigia a democracia
ao elucidar que, salvo disposição constitucional em contrário, as de-
liberações serão tomadas por maioria de votos, presente a maioria
absoluta de seus membros.

(V) Finalidade - O princípio da finalidade tem o escopo de asse-
gurar uma investigação objetiva quanto ao fato determinado. Vale res-
saltar que o fato determinado é a noção vinculada a fatos específicos e
relacionados com o Poder Público. A CPI não pode definir
discricionariamente o conteúdo dos fatos que devam ser investigados.

¹⁷ STF - MS 24.831 - Rel. Min. Celso de Mello, DJ 04.08.2006;
STF - MS 26.441 - Rel. Min. Celso de Mello, DJ 09.04.2007.

O fato determinado significa que o poder de investigação não é ilimitado, restringindo-se a fatos específicos e relacionados com o Poder Público. Entretanto, nada obsta a apuração de fatos conexos ao principal, bastando o aditamento do objeto inicial.

Exemplo disso foi o caso da CPI do Narcotráfico de 2000, que tinha por fato determinado a investigação do tráfico de substância entorpecente. No entanto, também foram investigados homicídios, roubo de cargas e tráfico de mulheres, conexos ao tráfico de drogas.

O art. 35, § 1º do Regimento Interno da Câmara dos Deputados determina o objeto de apuração das comissões parlamentares de inquérito: o fato determinado concernente ao relevante interesse público e da ordem constitucional, legal, econômica e social do país.

Encerrada a investigação, será expedido um relatório final que assume a forma de projeto de resolução que, se for o caso, será encaminhado ao Ministério Público para a apuração de responsabilidade civil e penal dos infratores, e/ou para outros órgãos competentes, como o Executivo e a Advocacia-Geral da União.

3. A CPI COMO INSTRUMENTO DE CONTROLE E FISCALIZAÇÃO POLÍTICO-ADMINISTRATIVA

O poder de investigação do Parlamento está compilado no art. 58, § 3º da Carta Magna, *in verbis*: "as comissões parlamentares de inquérito terão poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos nos regimentos das respectivas Casas, serão criadas pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, em conjunto ou separadamente, mediante requerimento de um terço de seus membros, para a apuração de fato determinado e por prazo certo, sendo suas conclusões, se for o caso, encaminhadas ao Ministério Público para que promova a responsabilidade civil ou criminal dos infratores."

No inquérito parlamentar, o Legislativo revela sua função típica de fiscalizar e controlar a gestão da coisa pública. José Joaquim Gomes Canotilho¹⁸ esclarece que o inquérito parlamentar

¹⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição da república portuguesa anotada*. 2 ed., v.II. Coimbra: Ed. Coimbra, 1985, p. 244.

confere ao Parlamento conhecimentos visando a uma legislação mais eficiente, bem como a administração pública com uma conduta ilibada.

Manuel Messias Peixinho expõe didaticamente o desempenho das duas funções das comissões parlamentares de inquérito:

*Em primeiro lugar, uma comissão parlamentar de inquérito pode investigar determinado fato visando a uma posterior legislação. Pode, por exemplo, investigar o tráfico de drogas e, ao final das investigações, concluir que deve criar uma legislação mais rigorosa para combater o tráfico de entorpecentes. Poderá, ademais, após a investigação do mesmo fato, concluir por encaminhar ao Ministério Público nomes de pessoas ou instituições que são cúmplices do narcotráfico.*¹⁹

O poder de investigar está incluso na função de legislar, visto que o conhecimento dos fatos sociais de determinada época e localidade são essenciais para a promulgação de qualquer lei. Verifica-se que a coleta de informações, na CPI, gera o aperfeiçoamento da legislação futura.

Inclusive, o Supremo Tribunal Federal se posiciona no sentido de que o poder de investigar é inerente ao poder de legislar e de fiscalizar, sendo seu auxiliar necessário, verdadeira *conditio sine qua non* de seu exercício regular, sem o qual o Poder Legislativo não poderia exercer plenamente suas atribuições²⁰.

O Poder Legislativo pode constituir uma CPI para investigar a má gestão de recursos públicos por parte de sua própria máquina administrativa, embora estejam imunes de investigação parlamentar os atos *interna corporis* ligados à sua economia interna, tais como a concessão de licenças, elaboração de regimentos, organização de serviços auxiliares, que não impliquem lesão atual ou potencial ao direito de terceiros²¹.

¹⁹ PEIXINHO, Manuel Messias; GUANABARA, Ricardo, ob. cit., p. 34.

²⁰ STF - Pleno - HC 71039/RJ. Rel. Min. Paulo Brossard.

²¹ SANTOS, Margaret de Oliveira Valle dos, ob. cit., p. 181.

Em relação ao Poder Executivo, os atos políticos que digam respeito à segurança nacional e à política externa, consubstanciados em planos para operações e táticas militares, e detalhes de tratado internacional em vias de negociação, não podem ser objeto de investigação parlamentar, sendo dados sigilosos²².

No Poder Judiciário, não podem ser objeto de investigação parlamentar os atos jurisdicionais, porque são sanáveis por recursos processuais e remédios constitucionais. Somente os atos judiciais, que são aqueles de cunho administrativo, podem ser objeto de investigação parlamentar.

Também é vedada a investigação de matérias cujos projetos de lei sejam de iniciativa exclusiva dos Chefes dos Poderes Executivo e Judiciário, sob pena de afronta ao princípio da separação de poderes (artigos 2º e 60, § 4º, III da Constituição da República).

Além disso, um ente federativo não pode invadir o campo de atuação do outro, como, por exemplo, a Câmara Municipal não pode criar uma CPI para investigar matéria de competência do Congresso Nacional, sob pena de ofensa ao princípio federativo (artigos 1º e 18 da Constituição da República).

O mesmo vale dizer em relação à CPI estadual, seu raio de ação é circunscrito aos interesses do Estado. Da mesma forma, as comissões municipais limitar-se-ão às questões de competência do município (HC 71.039, Rel. Min. Paulo Brossard, DJ 6-12-96).

A CPI do Judiciário, instalada em março de 1999, liderada pelo falecido Senador Antonio Carlos Magalhães, tinha o intuito de investigar a morosidade da justiça, as decisões procrastinatórias, o mau uso do erário e a contratação irregular de pessoal.

Ressalte-se que esta CPI apurou o escândalo do desvio de verbas públicas das obras do Tribunal Regional do Trabalho de São Paulo, que já havia sido detectado pelo Tribunal de Contas da União e já estava sendo investigado pelo Ministério Público Federal. Entre os envolvidos, o Juiz do Trabalho aposentado, Nicolau dos Santos Neto, e o Senador da República, que teve seu mandato cassado, Luiz Estevão.

²²SANTOS, Margaret de Oliveira Valle dos, ob. cit., p. 182.

A CPI do Judiciário nada mais foi do que um espetáculo circoense sob os holofotes da mídia. Na verdade, os parlamentares só queriam projeção nacional, prestígio e votos. A CPI do Judiciário em nada contribuiu para a Reforma do Judiciário.

A referida CPI, embora instituída, foi de duvidosa constitucionalidade. Em primeiro lugar, não apontava os fatos determinados a serem apurados, isto é, o Poder Judiciário foi investigado globalmente.

Em segundo lugar, as leis que modificam a estrutura funcional do Poder Judiciário são de iniciativa exclusiva dos Presidentes dos Tribunais. Assim, o Senado Federal carece de competência legislativa. Em terceiro lugar, o Senado também investigou o Poder Judiciário Estadual, o que fere o princípio federativo (artigos 1º e 18 da Constituição da República).

Por último, houve flagrante violação ao princípio da separação dos poderes, uma vez que o Legislativo se imiscuiu em atos jurisdicionais, funcionando como verdadeiro controle externo do Judiciário.

No tocante ao conteúdo, o poder investigatório é marcado pelo interesse público. Não se admite uma CPI para a apuração de fatos da vida privada, como, por exemplo, os negócios internos de pessoas jurídicas de Direito Privado em relação às quais o Poder Legislativo não exerça fiscalização ou controle.

A CPI do Futebol, ocorrida durante os anos de 2000 e 2001, visava a investigar irregularidades no contrato celebrado entre a Confederação Brasileira de Futebol - CBF e a empresa NIKE. Afigurava-se uma CPI absolutamente inconstitucional, uma vez que a CBF e a NIKE são entidades meramente privadas, inexistindo interesse público.

O próprio art. 217, inciso I da Constituição da República é claro ao elucidar a autonomia das entidades esportivas dirigentes e associações, quanto à sua organização e funcionamento. O caso seria diferente se fosse o Comitê Olímpico Brasileiro - COB, uma vez que existe o repasse de verbas públicas, o que legitimaria a fiscalização do Legislativo, por meio do Tribunal de Contas (artigo 71, *caput* da Constituição da República) ou pela CPI.

4. PODERES E LIMITES INVESTIGATÓRIOS DAS COMISSÕES PARLAMENTARES DE INQUÉRITO

A atribuição dos poderes de investigação às comissões parlamentares de inquérito pela Carta da República foi inspirada na Constituição italiana (artigo 82, 2ª alínea) e teve o fim de diferenciar as comissões de inquérito, que visam à investigação de irregularidades e abusos, das demais comissões temporárias, que buscam a colheita de informações sobre fatos relevantes, com o intuito de um futuro processo legislativo.

Luís Roberto Barroso, citado por Manuel Messias Peixinho, ressalta que a explicitação da novidade constitucional concedeu às comissões parlamentares de inquérito o caráter cogente de seus comandos, como, por exemplo, a condução coercitiva de testemunhas recalcitrantes. No entanto, o dispositivo constitucional não atribuiu às comissões poderes coercitivos, nem as suas decisões são auto-executáveis, devendo sempre as comissões, quando necessitarem do uso da força, dirigirem-se ao Poder Judiciário²³.

Como bem ilustra Alexandre de Moraes, o art. 58, § 3º da Carta da República foi extremamente lacônico e impreciso ao estabelecer poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, uma vez que, no ordenamento jurídico brasileiro, inexistente, em regra, a figura do juiz-investigador²⁴.

Em nosso sistema jurídico pátrio só há uma exceção à regra da inexistência do juiz-investigador, prevista no art. 3º da Lei 9.034/95, que dispõe sobre o combate ao crime organizado, permitindo ao juiz a função investigatória. A regra da ausência do juiz-investigador é decorrência direta do sistema acusatório, pois ao juiz cabe somente a função de julgar.

Certamente, a cláusula que estabelece os poderes próprios das autoridades judiciais não pode merecer uma hermenêutica pobre. O poder de investigação das comissões parlamentares de inquérito, previsto no artigo 58, § 3º da Constituição da República, não pode ser interpretado como uma exceção ao princípio da unicidade da jurisdição.

²³ PEIXINHO, Manuel Messias; GUANABARA, Ricardo, ob. cit., p.164.

²⁴ MORAES, Alexandre de, ob. cit., p. 383.

As comissões parlamentares de inquérito, apesar da previsão constitucional, não detêm os mesmos poderes de investigação judicial dos magistrados porque os congressistas não podem restringir os direitos fundamentais. Uma CPI não pode, por exemplo, decretar a prisão preventiva do indiciado, determinar uma busca e apreensão domiciliar ou autorizar uma interceptação telefônica.

Na verdade, os poderes de investigação das comissões parlamentares de inquérito estão equiparados aos dos magistrados somente durante a instrução processual penal, em busca da verdade material.

Nos mesmos termos, o artigo 44, II da Constituição da República Democrática Alemã erigiu o pilar às comissões parlamentares de inquérito nos seguintes termos: "as disposições relativas ao processo penal terão aplicação por analogia à apuração de provas".

A aplicação subsidiária do Código de Processo Penal, relativa à apuração probatória, é uma realidade na CPI brasileira. O artigo 6º da Lei 1.579/52, que dispõe sobre as CPI, impõe que "o processo e a instrução dos inquéritos obedecerão ao que prescreve esta Lei, no que lhes for aplicável, às normas do processo penal". Os Regimentos Internos da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, respectivamente, nos artigos 36, parágrafo único e 153, também estabelecem expressamente a subsidiariedade do CPP.

Na medida em que nosso ordenamento jurídico conferiu poderes de investigação aos parlamentares, também fixou limitações intransponíveis para o perfeito equilíbrio na tripartição dos poderes. O delineamento dos poderes e limites de uma CPI tem o objetivo de evitar o despotismo dos parlamentares e assegurar o Estado Democrático de Direito.

Eis os poderes e limites dos parlamentares, extraídos da leitura da Constituição da República Federativa do Brasil em conjugação com o Código de Processo Penal:

A) Oitiva dos Indiciados: A distinção técnica entre indiciado e testemunha é imprescindível para efeito de CPI. O indiciado será aquela pessoa que já sofreu medida de constrição pessoal ou patrimonial, tais como prisão em flagrante, busca e apreensão etc. Caso a pessoa não tenha sofrido qualquer medida de constrição pes-

soal ou patrimonial determinada pela própria CPI, deverá ser ouvida como testemunha.

Aplicam-se as disposições do Código de Processo Penal relativas ao interrogatório do acusado, consubstanciadas nos artigos 185 a 196. Em virtude da posição topográfica no CPP, o interrogatório do acusado foi elencado pelo legislador como meio de prova. No entanto, também é um meio de defesa, resguardado o direito ao silêncio do artigo 5º, inciso LXIII (*nemo tenetur se detegere*).

Nas comissões parlamentares de inquérito, o indiciamento é a imputação a alguém da prática de alguma irregularidade, abuso ou distorção contra o Poder Público. Durante o procedimento, a comissão investigatória ouvirá o indiciado, que terá o momento oportuno de exercer a sua autodefesa e será interrogado sobre a matéria objeto da investigação. Vale lembrar que, aplicando-se o artigo 196 do CPP, o presidente da CPI poderá, a qualquer momento, proceder a um novo interrogatório em homenagem ao princípio da verdade real.

O novo texto do art. 186 do CPP dispõe, *in verbis*: "Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas." O seu parágrafo único acrescentado dispõe que "o silêncio que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa".

A oitiva é um ato personalíssimo, pois somente o indiciado pode ser interrogado. Não existe a figura do procurador com poderes especiais para responder as perguntas formuladas pela Mesa da Comissão Parlamentar de Inquérito. Quando o indiciado não tiver o domínio da língua portuguesa, poderá utilizar-se de um intérprete (art. 193 do CPP).

Na hipótese de dois ou mais indiciados, o interrogatório jamais poderá ser coletivo, pois, como já explanado anteriormente, é um ato personalíssimo. Portanto, cada indiciado será interrogado separadamente, de modo que um não ouça o que o outro diz (art. 191 do CPP - alterado pela Lei 10.792/03).

B) Inquirição de Testemunhas: Nas comissões parlamentares de inquérito, testemunha é a pessoa que declara o que sabe acerca

dos fatos sobre os quais se investiga. O artigo 148, § 2º do Regimento Interno do Senado Federal dispõe que se aplicarão subsidiariamente as disposições do Código de Processo Penal relativas às testemunhas, previstas nos artigos 202 a 225.

O art. 202 do CPP decreta que qualquer pessoa poderá ser testemunha, desde que tenha conhecimento dos fatos investigados. A testemunha convocada por uma CPI não poderá eximir-se da obrigação de comparecer e depor. Entretanto, poderão recusar-se a depor o ascendente ou descendente, o afim em linha reta, o cônjuge, ainda que desquitado, o irmão e o pai, a mãe, ou o filho adotivo, salvo quando impossível, por outro modo, obter-se ou integrar-se a prova do fato e de suas circunstâncias.

O divorciado também poderá recusar-se a depor, uma vez que o Código de Processo Penal foi promulgado no dia 3 de outubro de 1941, época em que não existia o divórcio em nosso ordenamento jurídico, instituto que só despontou no dia 26 de dezembro de 1977. A *mens legis* é clara ao estender o ex-marido e a ex-esposa no rol dos que podem se recusar a depor. Não é porque só existia a figura do desquitado na época, que se deixará de ampliar o alcance do dispositivo.

Saber as leis, no ensinamento de São Paulo, não é conhecer-lhes as palavras, mas sim seu poder, sentido e alcance: "A letra mata, o espírito vivifica", pontificou. Se assim não fosse, o intérprete continuaria prisioneiro de um positivismo exagerado e anti-social.

Não é essa, porém, a posição da doutrina. Julio Fabbrini Mirabete entende que a enumeração do artigo 206 é taxativa, sendo obrigado a depor, em decorrência da regra geral, o divorciado²⁵.

Embora não previsto no art. 206 do CPP, poderão se recusar a depor, também, o companheiro e a companheira, uma vez que a Carta Republicana consagrou, no art. 226, § 3º, a União Estável como entidade familiar. Assim, o companheiro tem o mesmo direito que o cônjuge de não depor, com base na filtragem constitucional.

O art. 207 do CPP dispõe que são proibidas de depor as pessoas que, em razão de função, ministério, ofício ou profissão, devam

²⁵ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 293.

guardar segredo, salvo se desobrigadas pela parte interessada, quiserem dar testemunha. É o caso do advogado do indiciado, que jamais poderá ser testemunha, sob pena de violação ao princípio da ampla defesa.

O artigo 210 do CPP define que as testemunhas serão inquiridas individualmente, de maneira que uma não saiba nem ouça os depoimentos das outras. Importante acrescentar que a comissão parlamentar ainda pode fazer acareação entre testemunhas e indiciados, nos termos dos artigos 229 e 230 do CPP.

Exemplo disso é o caso da CPMI (Comissão Parlamentar Mista de Inquérito) da Compra de Votos de 2005, composta de membros do Senado Federal e da Câmara dos Deputados, conhecida como CPI do "Mensalão", que investigou o suposto pagamento de mesada pelo Partido dos Trabalhadores (PT) a deputados do Partido Progressista (PP) e do Partido Liberal (PL) em troca de votos a projetos de interesse do Executivo.

A CPI do "Mensalão" investigou, também, a suposta compra de votos em 1997 para aprovar a Emenda Constitucional nº. 16, que possibilitou a reeleição dos chefes do Executivo para um único período subsequente.

O deputado federal, Roberto Jefferson, revelou a existência do "mensalão", acusando o tesoureiro do PT, Delúbio Soares, e o empresário Marcos Valério de operarem o esquema. Jefferson envolveu, ainda, o Ministro-chefe da Casa Civil, José Dirceu, acusado de ser o mentor do "mensalão", e o Presidente do PT, José Genoíno, que assinou empréstimos avalizados por Marcos Valério.

A prisão do assessor do deputado estadual José Nobre Guimarães (PT - CE), irmão de José Genoíno, com R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais) em uma mala e mais R\$ 100.000,00 (cem mil reais) dentro da cueca foi o estopim da crise que levou Genoíno a renunciar a presidência do PT.

Na referida CPI do "Mensalão", a acareação entre o Ministro José Dirceu e o deputado federal Roberto Jefferson foi imprescindível para desvendar as farsas daquele. Logo após, foi instaurado um processo disciplinar por quebra de decoro parlamentar, no Conselho de Ética da Câmara dos Deputados, contra José Dirceu, ex-Ministro-

chefe da Casa Civil e deputado federal, que culminou na cassação do mandato de parlamentar e na suspensão de seus direitos políticos por 8 (oito) anos.

A testemunha que fizer afirmação falsa, negar ou calar a verdade perante a comissão de inquérito, estará incurso no art. 4º, inciso II da Lei 1.579/52 pelo crime de falso testemunho. Há certa polêmica no artigo 203 do Código de Processo Penal: discute-se se a testemunha que não prestou compromisso de dizer a verdade pode ser sujeito ativo do crime de falso testemunho.

A primeira corrente, liderada por Heleno Cláudio Fragoso²⁶, sustenta que não comete crime a testemunha não compromissada, ou seja, as pessoas arroladas nos artigos 206 e 208 do Código de Processo Penal. A segunda corrente, que encontra elementos em Nelson Hungria²⁷, E. Magalhães Noronha²⁸ e Fernando da Costa Tourinho Filho²⁹, afirma que a testemunha não compromissada (informante) pode cometer o crime de falso testemunho.

O artigo 2º da Lei 1.579/52 determina que estão obrigados a prestar depoimento o cidadão comum, as autoridades federais, estaduais ou municipais. Contudo, a convocação de autoridades estaduais e municipais para prestarem depoimento sobre matéria de competência privativa dos Estados e Municípios é proibida, pois tal ato afrontaria o princípio federativo. Além disso, o art. 146 do Regimento Interno do Senado Federal veda a CPI sobre matérias atinentes aos Estados.

Sob pena de infringir o art. 2º da Constituição da República, que consagra a separação e independência dos Poderes, torna-se juridicamente impossível a intimação dos Chefes do Poder Executivo e dos magistrados para comparecerem como testemunhas ante uma CPI.

Na CPI do Narcotráfico de 2000, destinada a investigar o avanço e a impunidade do narcotráfico, uma Juíza de Direito foi convocada a depor a fim de questioná-la sobre o deferimento de

²⁶ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*. 3. ed. V. III. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 509.

²⁷ HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal*. 5. ed. V. IX Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 482.

²⁸ NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal*. 15. ed. V. IV. São Paulo: Saraiva, 1978, p. 490.

²⁹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 282.

duas liberdades provisórias na Vara Criminal de que era titular. Evidente que a Suprema Corte, no HC 80.089/RJ da lavra do Relator Ministro Nelson Jobim, concedeu a ordem de *habeas corpus* preventivo à magistrada para evitar seu comparecimento à CPI, pois a convocação ofendia o princípio da separação de poderes.

Importante ressaltar, todavia, que os pretores podem exercer atividades eminentemente administrativas. Neste caso, um juiz poderá ser convocado para prestar depoimento sobre fatos pertinentes às suas atividades enquanto administrador público, em local e hora previamente ajustados, conforme o artigo 33, inciso I da Lei Complementar 35/79.

O artigo 58, § 2º da Constituição possibilita a convocação dos Ministros de Estado para prestarem informações sobre assuntos inerentes a suas atribuições. Evidente que os Ministros não serão ouvidos como testemunhas, não sendo passíveis do crime de perjúrio (art. 4º, inciso II da Lei 1.579/52). No entanto, se os Ministros não atenderem à convocação de uma CPI, sem motivo justo, estarão incurso em crime de responsabilidade (art. 50 da Constituição da República).

Quanto aos Deputados Federais e Senadores, o artigo 53, § 6º da Constituição Federal dispõe que não serão obrigados a testemunhar sobre informações recebidas ou prestadas em razão do exercício do mandato, nem sobre as pessoas que lhes confiaram ou deles receberam informações.

Os Ministros dos Tribunais de Contas podem ser convocados como testemunhas numa CPI na condição de administradores públicos. No entanto, quanto às suas decisões técnicas, somente o Legislativo poderá se pronunciar como última instância e legítimo controlador.

Qualquer pessoa que, na qualidade de indiciado ou de testemunha, ao prestar depoimento nas Comissões Parlamentares de Inquérito, tiver sido atingida em seu direito à privacidade, à imagem ou à honra, poderá pleitear indenização por dano moral ou material, caso a exposição pública indevida lhe tenha causado prejuízos, nos termos do art. 5º, incisos III, V e X da Carta da República.

Importante assinalar que o direito constitucional ao silêncio é assegurado ao indiciado e à testemunha, pois esta última pode ser

considerada indiciada em decorrência deste ato. O Supremo Tribunal Federal vem respeitando o privilégio contra a auto-incriminação, entendendo que não se configura crime de *falsum* quando a pessoa, ainda que compromissada, deixa de revelar fatos que possam incriminá-la³⁰.

Observe o caso da CPI dos Bancos de 1999, em que se investigava a atuação do Banco Central (BACEN) em suposto auxílio financeiro aos bancos Marka e Fonte Cindam. Suspeitava-se que os diretores do BACEN forneceram aos proprietários das aludidas instituições financeiras privadas, dentre os quais Salvatore Cacciola, informações privilegiadas de alterações cambiais, possibilitando o envio de dólares ao exterior.

O ex-presidente do BACEN, Francisco Lopes, foi convocado a prestar depoimento na qualidade de testemunha. No dia da oitiva pelos membros do Senado, Francisco Lopes apresentou um documento pelo qual pugnava o seu direito constitucional de permanecer calado, visto que se sentia como verdadeiro acusado.

Sustentou que os fatos do depoimento poderiam incriminá-lo. Nada obstante, os parlamentares entenderam que Lopes comparecia como testemunha, devendo firmar termo de compromisso. Assim, não podia calar a verdade e nem omitir fatos de seu conhecimento, ainda que o incriminassem.

Então, o Senador Bello Parga, presidente da CPI, determinou a prisão em flagrante da testemunha por desobediência e desacato. Evidentemente, o STF relaxou a prisão em flagrante de Chico Lopes em homenagem ao privilégio contra a auto-incriminação³¹.

C) Vedação da decretação de quaisquer hipóteses de prisão, salvo flagrante delito: As comissões parlamentares de inquérito não dispõem do poder de determinar a prisão preventiva, temporária ou administrativa das testemunhas e dos indiciados.

A referida vedação é uma cláusula de reserva jurisdicional prevista no artigo 5º, inciso LXI da Carta Magna, determinando que

³⁰ STF - Pleno - HC n. 73035/DF. Rel. Min. Carlos Velloso. D.J. 19/12/96.

³¹ STF - HC 82.214 (MC) - Rel. Min. Cezar Peluso, DJ 29.04.2004.

ninguém seja preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, salvo a hipótese de prisão por crime contra o Estado, durante a vigência de estado de defesa decretado pelo Presidente da República (artigo 136, § 3º, inciso I da Constituição da República).

Segundo José Joaquim Gomes Canotilho, o postulado da reserva constitucional de jurisdição importa em submeter, à esfera única de decisão dos magistrados, a prática de determinados atos cuja realização, por efeito de verdadeira discriminação material de competência jurisdicional fixada no texto da Carta Política, somente pode emanar do juiz, e não de terceiros, inclusive daqueles a quem se hajam eventualmente dotados de *poderes de investigação próprios das autoridades judiciais* ³².

Há uma exceção à regra da cláusula de reserva prevista no próprio texto constitucional, que é a prisão em flagrante. O artigo 331 do Código de Processo Penal dispõe que qualquer um do povo poderá e as autoridades policiais deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito. Evidentemente, se qualquer um do povo pode prender alguém que esteja em flagrante delito, nada obsta que a CPI possa prender os investigados que, no ato do depoimento, estejam cometendo um crime, como, por exemplo, falso testemunho.

Importante advertir que nem todas as pessoas estão sujeitas à prisão em flagrante. Não podem ser sujeitos passivos do flagrante delito os menores de 18 anos, que são inimputáveis (artigos 106 e 107 do Estatuto da Criança e do Adolescente), os diplomatas estrangeiros, em decorrência de tratados e convenções internacionais (artigo 1º, inciso I do Código de Processo Penal), e o Presidente da República (artigo 86, § 3º da Constituição da República).

Podem ser autuados em flagrante delito apenas nos crimes inafiançáveis os parlamentares do Congresso Nacional (artigo 53, § 1º da Carta Magna), os Deputados Estaduais (artigos 27, § 1º e 53, §1º da Carta Magna), os magistrados (artigo 33, inciso II da Lei Or-

³² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 580 e 586.

gânica Nacional da Magistratura), os advogados no exercício da profissão (artigo 7º, inciso IV e § 3º da Lei 8.906/94) e os membros do Ministério Público (artigo 20, inciso VIII da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público).

A prisão dos alienados mentais é lícita, embora inimputáveis, já que a eles pode ser aplicada medida de segurança, cabendo no caso a instauração do incidente de insanidade mental.

D) Requisição de documentos públicos e privados: O artigo 2º da Lei 1.579/52 autoriza expressamente às comissões parlamentares de inquérito a requisição de informações e documentos das repartições públicas e autárquicas. No entanto, quanto à requisição de documentos privados há certa divergência doutrinária.

A nobre função do princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado é exatamente de legitimar a intervenção estatal nas relações privadas, para que prevaleça a vontade da coletividade e garanta a sobrevivência da própria individualidade dos cidadãos. O entendimento da Excelsa Corte é no sentido de que havendo algum liame entre os documentos privados e o interesse público, indubitavelmente nada impedirá a sua requisição perante uma CPI.

As comissões parlamentares de inquérito, por exemplo, não podem requisitar livros comerciais e escrituração mercantil das sociedades comerciais, desde que não haja qualquer fato relacionado ao Poder Público que dê ensejo à investigação, como, por exemplo, a existência de vínculo legal ou contratual.

Luís Roberto Barroso, citado por Ricardo Guanabara, entende em sentido contrário, afirmando que o princípio da legalidade e a autonomia da vontade obstam que as comissões parlamentares de inquérito intrometam-se em assuntos reservados exclusivamente ao âmbito privado, uma vez que não há previsão legal permitindo tal proeza³³.

E) Quebra dos sigilos fiscal, bancário e telefônico: Os sigilos fiscal, bancário e telefônico não estão compreendidos no

³³ PEIXINHO, Manuel Messias; GUANABARA, Ricardo, ob. cit., p. 183.

âmbito do princípio da reserva constitucional de jurisdição, visto que encontram esteio no direito à privacidade. O artigo 5º, inciso X da Constituição da República não estabelece, como fizeram os incisos XI e XII, a exclusividade de ordem judicial para que seja afastada a inviolabilidade da vida privada.

Daí ser correto o entendimento de que aquelas espécies de sigilo podem ser quebradas pelas comissões parlamentares de inquérito, que têm poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, desde que respeitado o princípio da motivação suficiente.

Com a transmissão das informações pertinentes aos dados reservados, transfere-se à CPI a nota de confidencialidade relativa aos registros sigilosos. Isso significa, portanto, que constitui comportamento altamente censurável a transgressão, por membros de uma CPI, do dever jurídico de respeito e de preservação do sigilo concernente aos dados a ela transmitidos.

Se houver justa causa para revelar dados sigilosos no relatório final da CPI; seja para efeito das comunicações destinadas ao Ministério Público ou a outros órgãos do Poder Público, para os fins a que se refere o artigo 58, § 3º da CRFB/88; seja, ainda, por razões imperiosas ditadas pelo interesse nacional; a divulgação do segredo, não configurará situação de ilicitude, embora traduza providência de absoluto grau de excepcionalidade.

Caso ocorra a divulgação desses dados por razões particulares, sem a existência de qualquer interesse público, configurar-se-á o crime de abuso de autoridade (artigo 4º, alínea *h* da Lei 4.898/65), sendo o parlamentar passível de responsabilidade funcional, penal e civil pelos atos lesivos à honra do investigado.

No tocante ao sigilo bancário, o artigo 4º, § 1º da Lei Complementar 105/2001 permite as comissões parlamentares de inquérito, no exercício da competência constitucional e legal de ampla investigação, obter as informações e documentos sigilosos de que necessitarem, diretamente das instituições financeiras, ou por intermédio do Banco Central do Brasil ou da Comissão de Valores Mobiliários.

Ainda que a Lei Complementar 105/2001 seja omissa, as comissões estaduais podem requerer a quebra de sigilo de dados ban-

cários, com base no princípio da simetria constitucional e no art. 58, § 3º da Carta da República.³⁴

Referente ao sigilo fiscal, o artigo 198 do Código Tributário Nacional proíbe a divulgação, para qualquer fim, por parte da Fazenda Pública e de seus agentes, de informações acerca da situação econômica ou financeira dos contribuintes ou responsáveis.

Assim, como o CTN impõe o sigilo quanto aos fatos dos quais as autoridades e os funcionários da Administração Tributária tenham conhecimento em razão da atividade fiscal, a divulgação desses fatos configura violação de sigilo funcional, crime tipificado no artigo 325 do Código Penal.

O dever do sigilo funcional, todavia, não impede a Fazenda Pública de prestar as informações requisitadas pelas autoridades judiciais no interesse da justiça (art. 198, § 1º, inc. I). Com base nesta ressalva, conclui-se que as informações aos membros das comissões parlamentares de inquérito, que dispõem dos poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, não estão proibidas.

Finalmente, no sigilo telefônico, a distinção entre interceptação telefônica, dados telefônicos e gravação de conversa telefônica é essencial. A interceptação telefônica versa sobre algo que está ocorrendo, ou seja, é o terceiro que grava conversa entre duas pessoas que desconhecem o fato. A interceptação sem um mandado judicial constitui crime previsto no artigo 10 da Lei 9.296/96.

Já a quebra do sigilo de dados telefônicos relaciona-se com chamadas telefônicas pretéritas em que não existe a captação do diálogo, tais como a data da chamada telefônica, horário, número do telefone chamado, valor da chamada, duração do uso etc. Por sua vez, a gravação de conversa telefônica registra o diálogo entre duas pessoas, sendo que um dos interlocutores tem ciência da gravação.

A gravação de conversa telefônica deve ser considerada prova lícita somente nas seguintes hipóteses: a) Quando o interlocutor, que não tem ciência da gravação, é agente público responsável por algum ilícito civil, penal ou administrativo; b) Quando houver

³⁴ ACO 730, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 22-9-04, DJ de 11-11-05.

investida criminoso de um interlocutor contra o outro. Na ponderação de interesses (princípio da proporcionalidade), não há que se falar em direito à intimidade quando o agente pratica um crime, pois um direito fundamental não pode ser utilizado de maneira perniciosa.

Os dados telefônicos não são dotados de sigilo absoluto, podendo ser quebrado pelos inquéritos parlamentares. Não se trata de uma cláusula de reserva de jurisdição, visto que o artigo 5º, inciso X não faz qualquer menção à referida cláusula. Além disso, o artigo 2º da Lei 1.579/52 possibilita a requisição de documentos e informações aos órgãos públicos ou autárquicos, inclusive às concessionárias de serviços públicos.

O artigo 5º, inciso XII da Constituição Federal, por sua vez, consagra a vedação da interceptação telefônica, salvo se houver autorização judicial nas hipóteses de investigação criminal ou instrução processual penal. Observa-se que o dispositivo supracitado e o artigo 3º da Lei 9.296/96 consagram a cláusula do monopólio de jurisdição. Importante ponderar, todavia, que a CPI, é criada para apuração de fatos administrativos, não é uma investigação criminal. Se no curso de uma investigação administrativa vier a deparar com fatos criminosos, deles dará ciência ao Ministério Público.

F) Busca e apreensão: As comissões parlamentares de inquérito possuem, genericamente, o poder de determinar às autoridades policiais e administrativas a realização de buscas e apreensões de documentos necessários às investigações.

O artigo 240 do Código de Processo Penal dispõe que a busca será domiciliar ou pessoal. Sabe-se que os inquéritos parlamentares só poderão determinar as diligências se a busca for pessoal, uma vez que esse poder genérico encontra barreira intransponível na consagração constitucional da inviolabilidade domiciliar (artigo 5º, inciso XI da CRFB). Eis aí outra cláusula de reserva jurisdicional. As hipóteses taxativas de busca pessoal estão consignadas na combinação dos §§ 1º e 2º do artigo 240 do CPP.

No que concerne à busca domiciliar, a questão é delicada porque envolve o tolhimento de direitos fundamentais. A proteção

ao domicílio é um direito do homem que foi proclamado na Inglaterra, antes da Revolução Francesa, com a seguinte máxima de João Sem Terra: “*My house is my castle*”. Na França dos jacobinos também foi proclamada na Declaração dos Direitos do Homem uma máxima: “*La maison de chaque citoyen est un asile inviolable*”³⁵.

O artigo 5º, inciso XI da CF/88 dispõe que a *casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial*.

O texto constitucional poderá despertar dúvida quanto aos conceitos indeterminados de dia e casa. O artigo 150, § 4º do Código Penal tratou de conceituar casa, compreendendo qualquer compartimento habitado; aposento ocupado de habitação coletiva; e compartimento não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade. O legislador penal ainda se preocupou em definir no art. 150, § 5º o que não se compreende na expressão casa, em ocasião, as hospedarias, tavernas, casas de jogos e congêneres.

A CPI do Narcotráfico de 2000, por exemplo, determinou a apreensão de documentos e equipamentos em locais invioláveis (casa e escritório de advocacia) sem fundamentação e autorização judicial. Evidentemente o STF, no Mandado de Segurança 23.642/DF da lavra do Relator Ministro Néri da Silveira, determinou a imediata devolução dos bens e documentos apreendidos. Além disso, considerou a prova ilícita por violar o art. 5º, XI da Constituição da República.

No que se refere ao conceito de *dia*, o Código de Processo Civil, em seu artigo 172, estabelece que o *dia* compreende das 6 (seis) às 20 (vinte) horas, aplicando-se por analogia ao Código de Processo Penal. Entretanto, há outra posição sustentando que o dia se estende entre a aurora e o crepúsculo.

A autorização judicial é a cláusula pétrea de preservação do direito fundamental do domicílio, somente mediante o consentimento pretoriano é que o lar poderá ser penetrado, exceto nas hipóteses em que o próprio texto constitucional reclama.

³⁵ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *A inviolabilidade do domicílio*. São Paulo: Malheiros, 1993, p.18.

G) Vedação do poder geral de cautela: A Lei 1.579/52 não alberga a prerrogativa de tornar indisponíveis os bens daqueles que estão sendo investigados. Destarte, qualquer ato de indisponibilidade dos bens ou medida similar é desprovido de legalidade.

A determinação de medidas cautelares, tais como a indisponibilidade dos bens, arresto, seqüestro, hipoteca judiciária, proibição de ausentar-se da comarca ou do país, são provimentos de sentença definitiva condenatória, os quais obviamente não se confundem com os poderes instrutórios, ou de cautela sobre a prova, que se possam admitir extensíveis aos órgãos parlamentares de investigação³⁶.

As comissões parlamentares de inquérito podem ter legítimos fundamentos para que sejam tomadas medidas acautelatórias, porém deverão apresentá-los à autoridade judicial competente com o requerimento adequado para que seja efetivado o poder geral de cautela, sob pena de ilegitimidade.

5. CONCLUSÃO

As comissões parlamentares de inquérito, como instrumento de controle e fiscalização da Administração Pública, têm o desígnio de moralizar o Poder Público, extirpando as irregularidades e os abusos das autoridades. Infelizmente não é essa a realidade brasileira, onde os parlamentares, mais preocupados com a projeção política e os interesses particulares, desvirtuam a CPI. Eis o eterno conflito filosófico entre "ser" e o "dever ser".

Além disso, outra função contributiva do inquérito do povo é a elaboração de leis mais efetivas, decorrentes dos relatórios finais das investigações que apontam a ineficiência de determinadas legislações. Sendo assim, fica assegurada a subordinação ao princípio da legalidade e, conseqüentemente, ao Estado de Direito.

A conduta das comissões parlamentares deve equilibrar os interesses investigatórios com as garantias constitucionais, preservando a segurança jurídica e garantindo a plena efetividade da justiça, sob pena de desvio de finalidade.

³⁶ STF - Pleno - MS n. 23.466-1/DF - medida liminar - Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Diário da Justiça, Seção I, 22 jun. 1999, p. 31.

A maior limitação à atuação das comissões de inquérito é a plena reverência ao princípio da dignidade da pessoa humana, projeto maior de um Estado Democrático de Direito. Sem veneração à dignidade humana não haverá Estado de Direito, desaparecendo a participação popular nos negócios políticos do Estado, quebrando-se o respeito ao princípio da soberania popular, que proclama que todo o poder emana do povo, com a conseqüência nefasta do fim da democracia.

Exige-se, pois, do Poder Legislativo, no exercício de sua função fiscalizatória, o respeito ao princípio da dignidade humana, sob pena de flagrante inconstitucionalidade de suas condutas e perda da legitimidade popular, pois, como ensina Norberto Bobbio, "sem respeito às liberdades civis, a participação do povo no poder político é um engano, e sem essa participação popular no poder estatal, as liberdades civis têm poucas possibilidades de durar"³⁷.

³⁷ BOBBIO, Norberto. **Igualdad y libertad**. Barcelona: Paidós, 1993, p. 117.