

ENTRE

REVISTA DA UNICORP

ASPAS



UNICORP
UNIVERSIDADE CORPORATIVA TJBA

ENTRE

REVISTA DA UNICORP

ASPAS

Abril / 2011

ENTRE
REVISTA DA UNICORP
ASPAS

ISSN 2179-1805

CONSELHO EDITORIAL E CIENTÍFICO

Juiz Ricardo Augusto Schmitt
Presidente

Juiz Pablo Stolze Gagliano
Juiz Marcelo José Santos Lagrota Felix
Thais Fonseca Felippi
José Orlando Andrade Bitencourt

CAPA, EDITORAÇÃO ELETRÔNICA E REVISÃO

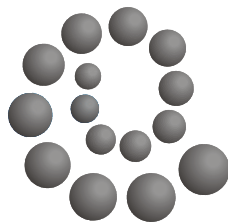
Assessoria de Comunicação do TJBA

TIRAGEM

2000 exemplares

5ª Av. do CAB, nº 560, 1º Subsolo, Anexo do Tribunal de Justiça
CEP: 41.475-971 – Salvador – Bahia
Tel: (71) 3372-1752 / Fax: (71) 3372-1751
www.tjba.jus.br/unicorp unicorp@tjba.jus.br





UNICORP

UNIVERSIDADE CORPORATIVA TJBA



PRESIDENTE

Desª Telma Laura Silva Britto

ASSESSOR ESPECIAL DA PRESIDÊNCIA II

Juiz Ricardo Augusto Schmitt

SECRETÁRIA-GERAL

Maria Guadalupe de Viveiros Libório

**SECRETÁRIA DE COORDENAÇÃO PEDAGÓGICA
DOS MAGISTRADOS**

Cecília Cavalcante Reis Neri

**SECRETÁRIA DE COORDENAÇÃO PEDAGÓGICA
DOS SERVIDORES JUDICIÁRIOS**

Carmem Silvia Bonfim dos Santos Rocha

APRESENTAÇÃO

A Universidade Corporativa do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia – UNICORP TJBA nasceu com o propósito desafiador de incentivar a Educação Corporativa e a Gestão do Conhecimento, necessárias à qualificação dos Magistrados e Servidores, favorecendo uma cultura de aprendizagem organizacional.

Dentre suas premissas, destacamos a de revelar e valorizar a produção técnico-científica, individual e/ou coletiva, dos nossos Magistrados e Servidores e outros Especialistas convidados, com o objetivo de viabilizar o conhecimento organizacional e, por consequência, agregar valores aos serviços prestados à sociedade.

Nessa perspectiva, surge a *Revista da UNICORP – ENTRE ASPAS*, como um veículo para dar concretude à Gestão do Conhecimento, buscando difundir produções de Magistrados, Servidores e Especialistas sobre temas das áreas jurídicas e técnicas, cuja abordagem desperta interesse institucional.

Eis nosso periódico de publicação semestral, que tem como objetivo central contribuir para a criação de uma cultura de compartilhamento, compatível com as organizações em processo permanente de aprendizagem.

A UNICORP TJBA nos brinda com a primeira edição desta Revista, com trabalhos de grande relevância jurídica e funcional, revelando o brilhantismo e o conhecimento dos seus colaboradores, além de espelhar o comprometimento e a capacidade desses profissionais.

Boa leitura!



Des^a TELMA Laura Silva BRITTO
Presidente

SUMÁRIO

O Projeto “Balcão de Justiça e Cidadania” como um Instrumento de Efetivação do Acesso à Justiça e à Cidadania Ativa por Meio da Mediação Comunitária	
Daniel Carneiro Carneiro, Mônica Carvalho Vasconcelos e Silvio Maia da Silva	15
A Metodologia da Investigação Apreciativa e as Semanas Nacionais de Conciliação: Case do Poder Judiciário do Estado da Bahia	
Pedro Lúcio Silva Vivas	31
Liderança em Tempos de Governança	
Caio Marini	50
Planejamento Estratégico: Desafios para o Poder Judiciário	
Patrícia Cerqueira de Oliveira	67
Doação entre Cônjuges	
Prof. Pablo Stolze Gagliano (autor convidado)	81
Cumprimento da Sentença: O Prazo do Artigo 475-J, do CPC	
Ulysses Maynard Salgado	90
Pressupostos de Validade da Aplicação do Sistema Price de Amortização nos Contratos Bancários	
Maurício Albagli Oliveira	107
O Bullying e a Responsabilidade Civil das Escolas	
Clarissa Nilo de Magaldi	133
Ações Afirmativas: Uma Busca pela Igualdade Material	
Rosalvo Augusto Vieira da Silva	155

A Tutela Jurídica do Nascituro e os Alimentos Gravídicos: A Vida por um Direito de Nascer	
Icaro Almeida Matos	179
A Hermêutica Jurídica em Tempos de Pós-Modernidade: O Ativismo Judicial	
Mário Soares Caymmi Gomes	201
Suspensão dos Direitos Políticos na Improbidade Administrativa	
Rita de Cássia Ramos de Carvalho	218
Desapropriação Urbanística Sancionatória	
Camila Pinto Berenguer	240
O Alcance do Princípio da Retroatividade da Lei Penal Mais Benéfica, em Face do Art. 33, § 4º da Nova Lei de Tóxicos	
Aiala Dias Nunes	271
Processo Penal – A Execução da Pena de Multa e a Cobrança das Custas do Processo na Ação Penal Pública	
Eliete Josefa Gerondoli Campista Brunow	291
Conflito entre a Liberdade de Informação e o Direito à Imagem dos Acusados Mediante a Utilização do Princípio da Ponderação Prática e da Proporcionalidade	
Carla Miranda Guimarães Oliveira	306
Arquivamento do Inquérito Policial e Coisa Julgada Material: Um Exame Crítico Acerca da Jurisprudência dos Tribunais Superiores Acerca da Matéria	
Márcio Ferreira Rodrigues Pereira	321



ARTIGOS SOBRE GESTÃO

O PROJETO “BALCÃO DE JUSTIÇA E CIDADANIA” COMO UM INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA E À CIDADANIA ATIVA POR MEIO DA MEDIAÇÃO COMUNITÁRIA

Daniel Carneiro Carneiro

Bacharelado em Direito pela Faculdade Ruy Barbosa, sede Paralela.
Mediador-Estagiário do Projeto Balcão de Justiça e Cidadania.

Mônica Carvalho Vasconcelos

Advogada, Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza. Doutoranda em “Derechos Fundamentales” pela Universidad Autónoma de Madrid. Supervisora do Balcão de Justiça do Imbui e Professora da Faculdade Ruy Barbosa.

Silvio Maia da Silva

Bacharel em Direito, pós-graduando da Escola de Magistrados da Bahia (Emab), assessor do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia.

Resumo: O presente artigo tem como função primordial demonstrar de que forma o Projeto Balcão de Justiça e Cidadania promove a efetivação do acesso à Justiça através da Mediação de Conflitos, representando um importante mecanismo de concretização da cidadania e de pacificação e inclusão sociais. Trata-se de um Projeto inovador que vem beneficiando inúmeras comunidades da capital e do interior do Estado, cuja metodologia e procedimentos são orientados para favorecer, sobretudo, a camada mais pobre da população que não tem o devido acesso à justiça pelas vias formais. O mecanismo utilizado para a solução das controvérsias interpessoais é a mediação de conflitos, que nesse contexto se converte em peça fundamental para o exercício democrático da cidadania e para a criação de uma cultura de paz e diálogo nas comunidades. Assim, as pessoas passam a protagonizar a solução dos seus próprios problemas, auxiliadas por um mediador, estudantes de Direito capacitados para esta função, estabelecendo uma ordem justa de acordo com seus interesses e necessidades. Como se poderá observar, os resultados obtidos têm sido expressivos, os quais se refletem não apenas nos números aqui apresentados, mas também podem ser percebidos na realidade diária das comunidades beneficiadas.

Palavras-Chave: Acesso à Justiça. Mediação de Conflitos. Projeto “Balcão de Justiça e Cidadania”.

Sumário: 1. Introdução; 2. Proposta, marco legal e histórico do Projeto; 3. Estrutura Organizacional; 3.1 Mediadores 4. Procedimentos; 4.1 Mediação Comunitária no âmbito dos

Balcões de Justiça e Cidadania; 5. Tipos de conflitos solucionados; 6. Resultados apresentados; 7. Conclusão; Referências bibliográficas.

1. Introdução

A efetivação do Direito Fundamental de Acesso à Justiça, assegurado na Constituição Federal do Brasil de 1988, esbarra em inúmeras dificuldades práticas no cenário brasileiro, decorrentes de fatores sociais, econômicos, políticos e culturais. Estas dificuldades são ainda maiores para as pessoas de baixa renda, que, muitas vezes, não sabem como resguardar os seus direitos e não compreendem a linguagem e os procedimentos jurídicos adotados.

Nesse sentido, para oferecer uma justiça mais rápida, barata e eficaz, adequada à realidade da maior parte da população do país, o Poder Judiciário, de um modo geral, está criando inúmeras iniciativas para agilizar os processos judiciais, assim como está trabalhando de modo preventivo, na medida em que utiliza procedimentos pré-processuais para a solução dos conflitos.

Um bom exemplo destas iniciativas é o Projeto Balcão de Justiça e Cidadania (BJC), criado em 2003 pelo Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, que vem realizando um trabalho notável com a utilização de mecanismos extrajudiciais de solução de conflitos, principalmente a mediação comunitária.

Baseada no bom senso e na busca pela solução pacífica de tais conflitos através da consecução de um acordo satisfatório para ambas as partes, a mediação desponta como auxiliar do Poder Judiciário para atingir o objetivo comum de promover justiça nos casos em que as partes podem transigir.

Este artigo objetiva investigar a aplicabilidade prática da mediação e a sua contribuição como instrumento de efetivação do acesso à justiça a partir da experiência do Projeto Balcão de Justiça e Cidadania. Para tanto, será necessário analisar os objetivos, o marco legal e o histórico do Projeto, sua estrutura, os tipos de conflitos que podem ser solucionados, os procedimentos adotados e os resultados apresentados ao longo dos anos.

2. Proposta, Marco Legal e Histórico do Projeto

O marco legal do Projeto Balcão de Justiça e Cidadania é a Resolução 01/2003 do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, segundo a qual, o Tribunal, no uso de suas atribuições, considerando a necessidade de encontrar meios para oferecer um serviço de promoção de justiça mais eficaz frente às deficiências do Poder Judicial do país, instituiu a criação de uma estrutura de trabalho direcionada a utilizar a mediação e a conciliação para resolver os conflitos interpessoais no seio das comunidades.¹

Outra finalidade do Projeto é fomentar o exercício da cidadania a partir de uma educação cidadã, na qual os indivíduos são convidados a discutir seus conflitos através de uma comunicação adequada e solidária. Desse modo, os mediados são estimulados a resolver suas disputas de acordo com seus desejos e necessidades, assumindo o papel de protagonistas da solução pactuada. Compete aos Balcões oferecer orientação jurídica e promover a conciliação e a mediação de conflitos para resolver as questões civis de menor complexidade.

Para alcançar seus objetivos, é fundamental que as unidades sejam implantadas em locais estratégicos dentro das comunidades carentes, preferencialmente em instalações que

sejam de fácil acesso para a população. A estrutura, embora simples, deve atender aos preceitos da mediação, de modo a possibilitar que as pessoas se sintam confortáveis. As cores utilizadas normalmente são claras, para inspirar tranquilidade e as mesas redondas evitam a existência de lados opostos, o que incentiva atitudes colaborativas entre as partes.

A descentralização das ações do Poder Judiciário para essas comunidades proporciona diversos benefícios, desde a economia de tempo e de recursos para as pessoas e para o Poder Público, como adiante se verificará, além de permitir uma maior integração do Poder Judiciário com a sociedade. Assim, o Judiciário passa a atuar no problema na sua origem, quando ainda não estabelecida relação litigiosa entre as partes em conflito, o que favorece o processo de mediação, que se tornaria mais delicado e menos eficaz se a lide já se encontrasse instalada, em face das conseqüências negativas do próprio processo ao entendimento entre as partes.

Esses centros são verdadeiros espaços públicos de discussão, cuja estrutura e procedimentos são orientados para oferecer um serviço adequado à realidade destas pessoas, sem excesso de formalismos e com uma linguagem simples. Os serviços oferecidos nos Balcões são gratuitos para favorecer as pessoas que não têm condições econômicas e sociais de acesso à justiça pelas vias tradicionais.

A principal atividade desenvolvida é a mediação comunitária, exercida por estudantes capacitados para esta função, que são orientados e supervisionados por um advogado-mediador. Desse modo, é importante esclarecer que não é necessário que as partes contratem um advogado para representá-las, pois em todas as unidades existe um profissional desta natureza que coordena as atividades, auxilia os mediadores/estagiários, subscreve os acordos e os envia para a homologação judicial.

O funcionamento da maioria das unidades instaladas depende de convênios estabelecidos entre o Tribunal de Justiça da Bahia e órgãos da administração pública, entidades privadas ou instituições de ensino superior. A formalização destas parcerias é fundamental para o desenvolvimento do Projeto.²

O Principal enfoque dos Balcões de Justiça e Cidadania nos seus primeiros anos de funcionamento consistiu em divulgar através de distintos mecanismos as suas finalidades e procedimentos para conquistar a confiança da população de um modo geral³, assim como dos membros do próprio Poder Judiciário.

A falta de conhecimento sobre as atividades dos Balcões vem sendo superada na medida em que o Projeto se consolida. Na atualidade, os Balcões já fazem parte do cotidiano das pessoas que vivem nas comunidades, sobretudo as localizadas nas comarcas que dispõem de unidades de mediação, assim como também já conquistaram o apoio da grande maioria dos membros do Judiciário, ganhando força institucional.

Esse reconhecimento tem sido fruto do contínuo aperfeiçoamento de seus procedimentos, inclusive com a reestruturação de suas normativas. Com esta finalidade, o Tribunal aprovou a Resolução 08/2004⁴ que introduziu o Projeto no âmbito do Programa de Justiça Cidadã e do Projeto de acesso à justiça. A principal mudança consistiu na definição mais precisa da competência de todos que fazem parte do Projeto, assim como das demandas que podem ser resolvidas nos Balcões.

Não obstante a reforma normativa, em 2005 o Projeto enfrentou um momento de crise, sobretudo relacionada a problemas financeiros. Para superá-la, o Projeto passou por profundas transformações que culminaram na publicação da Resolução nº 5/2006⁵, normativa ainda vigente nos dias atuais.

Uma das principais mudanças aconteceu no sistema de convênios, uma vez que, a

partir do ano de 2006, todos os instrumentos contratuais celebrados não mais envolveram a transferência de recursos financeiros do Poder Judiciário para as instituições parceiras, que, a partir de então, deveriam demonstrar interesse de se filiar ao Projeto de forma voluntária, em troca da autorização e do apoio do Tribunal para instalar uma unidade para beneficiar a população de determinado local, cumprindo a sua função social.

É relevante ressaltar que, desde a reformulação antes mencionada houve um incremento considerável no número de novas parcerias. O Relatório de Atividades do biênio 2006/2007⁶ indica o estabelecimento de 25 parcerias, enquanto que o mesmo relatório, relativo ao biênio de 2008/2009⁷, indica a existência 45 parcerias em vigor no referido período e o Relatório de Atividades do ano de 2010⁸ informa sobre o estabelecimento de 12 novas parcerias no referido exercício, o que revela a grande aceitação do Projeto no meio social, ainda mais porque as referidas parcerias são estabelecidas com entidades de diferentes matizes, como estabelecimentos de ensino, associação de moradores, oscips, entidades religiosas de diferentes orientações, além de órgãos públicos diversos, sobretudo prefeituras municipais.

Outro ponto forte desta reformulação foi a uniformização de todos os procedimentos. Dessa forma, o Tribunal passou a adotar uma metodologia universal de trabalho para garantir a qualidade dos serviços em todas as unidades.

O estabelecimento de procedimentos padronizados constitui peça-chave do bom funcionamento do Projeto, uma vez que, como o acordo acontece em locais distantes do Juiz, é importante que os termos de acordo não encontrem óbices em relação à sua posterior homologação. Assim, antes da instalação de uma unidade de mediação em uma comarca, por exemplo, é importante que o Juiz Coordenador e, se possível, o representante do Ministério Público, tomem conhecimento do conteúdo das minutas dos termos de acordos, para que seja viabilizada a futura homologação.

Outro relevante instrumento de controle e de aperfeiçoamento do Projeto é o conhecimento da percepção da população em relação aos serviços prestados, por meio da Pesquisa de Opinião do Jurisdicionado, introduzida no ano de 2008 e repetida nos exercícios de 2009 e 2010, com resultados extremamente animadores⁹. Trata-se de uma forma moderna, direta e provavelmente pioneira de aferir a visão da população acerca dos serviços oferecidos pelo Poder Judiciário e que pode influenciar a tomada de decisões para o aperfeiçoamento do Projeto.

Também foi incrementada a capacitação dos mediadores com cursos periódicos e especializados, que abordam tanto os procedimentos próprios dos Balcões de Justiça e Cidadania como a mediação de conflitos e suas respectivas técnicas de comunicação.

Vale ressaltar que os cursos e os treinamentos são ministrados, em sua maioria, por profissionais integrantes do Projeto, como Juízes Coordenadores, professores que atuam como mediadores, além de servidores, o que permite uma permanente atualização das equipes de trabalho, com um custo reduzido.

As mudanças introduzidas no Projeto a partir do ano de 2006 permitiram a redistribuição das unidades entre novos parceiros, na inauguração de novas unidades na capital e no interior, fazendo com que os Balcões de Justiça e Cidadania alcançassem o *status* de política pública em benefício da efetivação da Justiça¹⁰. Não obstante esta descentralização, o Tribunal assumiu definitivamente o controle de todas as atividades, fortalecendo o Projeto.

Observando a trajetória do Projeto Balcão de Justiça e Cidadania iniciada em 2003, pode-se afirmar que se trata de uma experiência de fundamental importância para a efetivação do acesso à Justiça no Brasil porque valoriza a capacidade dos indivíduos para resolver seus

próprios conflitos, criando uma ordem justa de acordo com seus interesses e necessidades, e ainda possibilita que o Poder Judiciário e as entidades parceiras exerçam sua função social a partir do estreitamento de suas relações com a comunidade.

3. Estrutura Física e Organizacional

Os Balcões de Justiça e Cidadania normalmente são instalados em área com cerca de 30 a 50m², composta por uma recepção, uma sala para a realização dos atendimentos e um espaço fechado destinado à prática das sessões de mediação.

Nas unidades atuam, no mínimo, um advogado e dois estudantes de Direito, sendo admitida a participação de estudantes de outros cursos, além de líderes comunitários, desde que em regime de trabalho voluntário.

Em razão da simplicidade, as unidades de mediação apresentam custo bastante módico para o Poder Judiciário ou para a instituição que pretenda implementá-las em parceria com o Tribunal de Justiça.

Integram a estrutura do Balcão de Justiça e Cidadania da capital: Coordenação Geral e Coordenação Jurídica, sendo esta última exercida por um Juiz de Direito designado pelo Presidente do Tribunal de Justiça, com competência de proferir sentenças homologatórias dos acordos sobre matéria de família e praticar os demais atos necessários. Este Juiz dispõe de uma estrutura composta por um Secretário (bacharel em Direito), além de servidores incumbidos de implementar os atos processuais e efetuar o lançamento das movimentações no sistema informatizado. Nas comarcas do interior, o trabalho de secretaria é exercido pela própria estrutura cartorária vinculada ao Juiz Coordenador.

O Projeto dispõe, ainda, de um ônibus adaptado, com ambientes destinado para a realização do atendimento e realização das sessões de mediação, que pode ser utilizado de forma itinerante, para ações em locais que não disponham de unidades fixas e em eventos destinados ao fornecimento de orientação jurídica à população.

3.1. Mediadores

Os mediadores desempenham um papel fundamental para o desenvolvimento das atividades. No Brasil, não existe ainda uma legislação específica sobre a mediação de conflitos, por isso, a função dos mediadores não está regulamentada no país. No Projeto de Lei n. 94/2003 que está tramitando no Congresso Nacional, se considera mediador qualquer pessoa capaz, de conduta idônea e com formação técnica e experiência prática em mediação.¹¹

Desse modo, como ainda não há lei de mediação em vigor no país, não existem critérios objetivos para o exercício da função mediadora. Na prática, cada entidade privada ou governamental que utiliza esse procedimento determina suas próprias regras para que uma pessoa realize a mediação.

A maior parte dos mediadores do Projeto Balcão de Justiça e Cidadania são alunos do Curso de Direito de distintas Faculdades do Estado da Bahia. Privilegiam-se os estudantes desse Curso por causa da necessidade de conhecimento jurídico para a realização de orientações desta natureza.

O processo de seleção dos mediadores/estagiários varia de acordo com cada entidade

ENTRE ASPAS

parceira, responsável por seus respectivos alunos. Não se pode esquecer que existem também estagiários contratados pelo próprio Tribunal, que atuam nos Balcões de sua responsabilidade.

O fato de incluir alunos de Direito na atividade mediadora tem proporcionado inúmeros benefícios para esses indivíduos, que passam a vislumbrar o conflito entre as pessoas desde uma nova ótica, distinta da cultura do litígio tão arraigada em nossa cultura jurídica. Nesse sentido, Fernanda Tartuce adverte:

O profissional do Direito não costuma contar, em seu panorama de formação, com a habilitação para considerar métodos consensuais para tratar controvérsias, sendo seu estudo orientado para a abordagem conflituosa. Assim, geralmente não tem consciência nem conhecimento sobre como mediar conflitos, o que por certo dificulta sua adesão ao tema e gera desconfianças sobre a adequação de tal diferenciada técnica. (TARTUCE, 2008, p. 118)

Na sociedade atual os advogados foram incentivados a repensar seus papéis na medida em que o diálogo se converte em peça chave para a solução dos conflitos. Nesse contexto, se enaltece o advogado-negociador, capaz de oferecer uma solução mais rápida e humana para seus clientes através da negociação/mediação/conciliação.

A prática dos Balcões também é benéfica para esses estudantes porque lhes proporciona o conhecimento e o contato com realidades distintas das suas. Convivem com pessoas de comunidades pobres, escutam e se solidarizam com seus problemas, o que incrementa a sua formação como ser humano.

A capacitação dos mediadores é periódica, versa sobre os procedimentos adotados e sobre as técnicas de mediação de conflitos. O objetivo do Tribunal é aperfeiçoar cada vez mais esta capacitação, melhorando a formação dos alunos/mediadores e, conseqüentemente, oferecendo um serviço de qualidade aos mediados.

Segundo o Relatório de Atividades do ano de 2010¹², foram realizados 17 eventos de capacitação destinados aos mediadores, estudantes de Direito e líderes comunitários. O mesmo relatório revela que as equipes dos Balcões de Justiça e Cidadania participaram de 43 eventos públicos, também denominados de “Ações Afirmativas”, organizados por diversas entidades sociais, nos quais as equipes que atuam nas unidades de mediação prestaram inúmeras orientações jurídicas à população (não incluídas no número mencionado no parágrafo anterior) e distribuíram material informativo e publicitário, como a Cartilha da Mulher, que aborda o tema da violência doméstica, Cartilha do Balcão de Justiça e Cidadania, além de folderes.

4. Procedimentos

Os procedimentos adotados nos Balcões são simples, eficazes e padronizados. Estão previstos em manual próprio¹³, atualizado periodicamente de acordo com a evolução dos conflitos que são solucionados nos Balcões. Esta padronização garante a celeridade e a qualidade dos serviços oferecidos.

O Manual de Procedimentos descreve todo o processo adotado, desde o primeiro atendimento até a formalização do acordo. Dispõe sobre os formulários administrativos, os formulários processuais, adequados para cada tipo de conflito e os atos da Secretaria Jurídica.

Os procedimentos começam com o primeiro atendimento. Nesta ocasião, os mediadores escutam atentamente o discurso do assistido, investigando se o caso proposto é de competência ou não dos Balcões. Caso não seja, o mediador deve orientar e encaminhar a pessoa para o órgão competente. O importante é que os assistidos não saiam sem obter uma resposta satisfatória para a solução de sua demanda.

Se o conflito pode ser resolvido no Balcão de Justiça e Cidadania, os mediadores preenchem um formulário específico que contém informações importantes das partes, tais como: nome, endereço, telefone, identidade, informações socioeconômicas e fazem um pequeno resumo do conflito, indicando a sua natureza. Esse formulário é arquivado no respectivo dia em que ocorrerá a mediação.

O passo seguinte é formalizar uma carta convite, designando o dia e a hora em que as partes devem comparecer na sessão de mediação, assim como os respectivos documentos que devem levar para a formalização do acordo. Essa correspondência é entregue a outra parte por aquele que recebeu o primeiro atendimento (ou por um terceiro, quando for conveniente). O destinatário não está obrigado legalmente a comparecer, em outras palavras, a convocação não tem força coercitiva. É importante ressaltar que, em virtude da credibilidade dos Balcões na atualidade, o índice de abstenção é muito pequeno, pois a população de um modo geral já conhece seus procedimentos e vantagens.

Essa modalidade de entrega da carta convite fortalece a criação de um clima pacífico e amistoso e está de acordo com os princípios da mediação, que pressupõem a participação ativa das partes. Ao entregar o convite, a pessoa vence o medo do outro e do enfrentamento do problema, reconhecendo a existência do conflito e a necessidade de resolvê-lo. Do outro lado, a pessoa que recebe, geralmente, aprova a possibilidade de um diálogo capaz de amenizar a situação de crise.

No dia pré-determinado as partes devem comparecer na respectiva unidade para a mediação ou conciliação, dependendo da natureza do conflito.¹⁴ Se existe uma relação continuada entre as partes, como nos casos de família ou entre vizinhos, se utiliza as técnicas de mediação. Por outro lado, se o conflito emana de uma relação eventual, que não exige a reestruturação do diálogo, a atuação deve ser direcionada para lograr um acordo através da conciliação.

Os mediadores/estagiários são capacitados para exercer a função de modo adequado, portanto, são treinados nas diversas técnicas que conjugam a mediação. Eles devem conduzir o processo respeitando as fases de um processo de mediação que se inicia com a apresentação do mediador, das partes e da mediação propriamente dita.¹⁵

O produto final da mediação pode resultar em caminhos distintos: pode ser designada uma nova audiência; o conflito pode não ser solucionado, neste caso o mediador realiza os devidos encaminhamentos para que seja iniciado um processo judicial e, por fim, o acordo pode ser logrado.

A elaboração dos acordos segue os modelos do Manual de Procedimentos, os quais devem ser adaptados para cada caso concreto. São requisitos indispensáveis: a identificação da unidade que realizou a mediação; identificação correta das partes, assinatura dos mediados, do advogado supervisor e dos estagiários (duas testemunhas). Desse modo, se concretiza um título executivo extrajudicial que pode ser executado caso não seja cumprido.

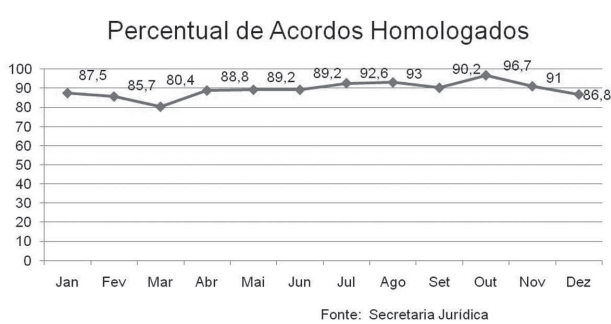
Os mediadores devem organizar o processo contendo o acordo e os documentos necessários para enviá-los à Secretaria Jurídica do Projeto para a devida homologação judicial nos casos que exigem tal formalidade.

Na Capital, por exemplo, cabe à Secretaria recolher todos os termos de acordos celebrados nas unidades situadas nas diversas comunidades, que são encaminhados para a

ENTRE ASPAS

apreciação e homologação do Juiz Coordenador. Uma vez concluídos os atos processuais, são encaminhados às unidades de origem os mandados de averbação e cópias das sentenças homologatórias. A assinatura do Juiz de Direito aposta nos mandados de averbação é autenticada pelo próprio Secretário do BJC, conforme autorização contida no Provimento Conjunto nº 1/2010, da Corregedoria Geral de Justiça e Corregedoria das Comarcas do Interior. Tudo isso significa que um número considerável do jurisdicionado obteve a solução do seu problema de forma acessível, economicamente módica e rápida.

É realizado um acompanhamento mensal do percentual de acordos homologados pela Coordenação Jurídica, revelados no seguinte gráfico, extraído do Relatório de Atividades do exercício de 2010:



Assim, é possível constatar que, em média, de cada 100 acordos celebrados nas unidades, 90 são homologados na primeira oportunidade, enquanto que os 10 restantes retornam às unidades de origem para atender eventual diligência ou esclarecimento de dúvida solicitado pelo Juiz Coordenador.

Caso o acordo não seja cumprido, os mediadores geralmente marcam uma nova sessão de mediação para esclarecer as razões do não cumprimento. Se o problema persistir, a parte é encaminhada para algum órgão para receber assistência jurídica e ingressar com processo de execução do acordo. O art. 25 da Resolução 05/2006 determina que os processos de execução sejam distribuídos segundo a lei de Organização Judiciária do Estado da Bahia que estabelece a eleição do juízo competente de forma aleatória.

4.1. Mediação Comunitária no Âmbito dos Balcões de Justiça e Cidadania

O papel da mediação comunitária como instrumento de solução de conflitos interpessoais no âmbito dos Balcões de Justiça e Cidadania tem sido fundamental para o desenvolvimento do Projeto. Isto porque ela beneficia não apenas os envolvidos na disputa, mas a sociedade como um todo, na medida em que representa uma possibilidade de efetivação de uma justiça mais rápida, simples e eficaz e ainda promove o exercício da cidadania, fortalecendo a democracia do país.

De acordo com Lília Maia de Moraes Sales, o termo mediação procede do latim *mediare*, que corresponde a mediar, colocar-se ao meio. Trata-se do emprego de procedimentos dialogais que, de forma colaborativa e amigável, incentivam a solução de controvérsias de forma que melhor atendam aos anseios das partes (SALES, 2004, p. 23).

Conforme o psicólogo americano John M. Haynes, autor da obra *The Fundamentals of Family Mediation*, a mediação funciona como um meio no qual uma terceira pessoa, denominada mediador, presta auxílio aos participantes na resolução de uma disputa. O acordo atingido soluciona o antagonismo, ou seja, o problema com uma solução aceita de forma satisfatória para ambas as partes, estruturado de modo a conservar as relações dos envolvidos no conflito. A proposta é considerar o conflito como algo positivo, como uma oportunidade de crescimento e ampliação de horizontes, para que da divergência brote a convergência, fazendo com que todos saiam vencedores (SALES e CARVALHO, 2006, p. 71).

O Projeto de Lei (4.827/98) que tramita no Congresso Nacional, define a mediação como: “A atividade técnica exercida por terceira pessoa, que escolhida ou aceita pelas partes interessadas, as escuta e orienta com o propósito de lhes permitir que, de modo consensual, previnam ou solucionem conflitos.”

O mediador, portanto, não impõe uma solução para o conflito. Seu papel consiste em promover o diálogo amigável, auxiliando as partes a encontrar um acordo que a ambas satisfaça, fomentando o surgimento de uma nova realidade, a partir da relação continuada existente entre os mediados (SALES e CARVALHO, 2006 p. 72).

O autor Juan Carlos Vezzula, em sua obra *Mediação: Guia para Usuários e Profissionais*, afirma que a gênese da mediação remete aos “povos antigos, que procuravam uma harmonia interna que preservasse a necessária união para se defenderem dos ataques de outros povos” (VEZZULA, 2001 p. 25). A mediação surge espontaneamente nas comunidades, haja vista que, de forma instintiva, seus integrantes buscam alcançar a paz social e harmonia, de acordo com sua cultura e costumes, tendo como fulcro o ideal de justiça em sentido amplo.

O pioneirismo da mediação é creditado à Universidade de Harvard (EUA), na década de setenta, que determinou sua metodologia negocial no âmbito das empresas como modelo de mediação. Nessa perspectiva, o crescimento da mediação ocorreu de forma muito rápida, sendo logo incorporada ao sistema legal, acontecendo obrigatoriamente antes do processo, em alguns estados (CAETANO, 2002 p. 105).

A prática da mediação, no decorrer dos últimos anos, tem alcançado uma presença cada vez mais notável no contexto social e jurídico brasileiro. A partir da complexidade que as relações vêm apresentando, atrelada a um Judiciário, o indivíduo passa a considerar que, em muitos casos, a solução para os conflitos de sua vida tem como melhor caminho a tomada de decisões pacíficas, formadas a partir do bom senso e fora do âmbito instrumentalizado da Justiça.

No Brasil, o desenvolvimento da mediação de conflitos vem ocorrendo de forma gradual, tanto na esfera privada como pública. A modalidade mais utilizada no país é a mediação comunitária, que se caracteriza pela gratuidade de seus procedimentos que são direcionados para as comunidades de baixa renda.

A aplicabilidade da mediação nas comunidades tem representado uma verdadeira transformação social, principalmente nos contextos que se caracterizam por uma grande desigualdade social, econômica, política e cultural entre os indivíduos, a exemplo da Bahia.

Com a mediação comunitária se promove uma maior democratização do acesso à justiça, em sentido amplo de justiça, uma vez que incrementa o exercício da cidadania e reconhece o ser humano como sujeito de direitos fundamentais, imprescindíveis a um Estado Democrático. Ser cidadão não significa simplesmente tornar-se membro de uma comunidade política pré-constituída, mas ter voz ativa, participar da elaboração e transformação de suas regras de modo consciente.

Aproximar o Direito das comunidades periféricas se apresenta como finalidade primordial para os Estados em desenvolvimento, que se caracterizam por grandes disparidades entre seus membros, as quais afrontam a dignidade humana e a democracia.

Esse é o desafio da mediação comunitária, que se converte em instrumento de inclusão social. O sentimento de inclusão é consequência do tratamento dispensado às partes, que podem resolver por elas mesmas seus conflitos. Passam a ter voz ativa, a desenvolver uma consciência crítica e cidadã, transformando-se em seres autônomos, cuja autonomia é reconhecida pelo Estado.

Exercer a autonomia na comunidade mediadora, caracterizada pela pluralidade, implica compartilhar um tempo, um espaço comum, onde as diferenças e os interesses são discutidos através de uma comunicação própria, inclusiva.

Nesse sentido, no mundo capitalista, globalizado e multicultural em que vivemos, a criatividade social se apresenta como uma necessidade vital da nossa existência que implica na criação de modos de viver solidários e por isso nos remete ao diálogo colaborativo, à espontaneidade, inovação e flexibilidade para dar respostas satisfatórias a nossos conflitos interpessoais.

Como consequência, a mediação comunitária promove a paz na vida em comum, a qual pressupõe a convivência de interesses distintos a partir do necessário diálogo colaborativo. A comunicação estabelecida em um processo de mediação tem como função prioritária a criação de uma ordem justa para ambas as partes, onde não existem ganhadores e perdedores, mas uma mútua satisfação que se expressa no sentimento de justiça.

É importante esclarecer que através desse tipo de comunicação o sujeito, além de ter uma experiência pessoal, tem uma experiência coletiva e histórica, mesmo sem se dar conta disso. Assim, a utilização da mediação nas comunidades, a exemplo dos Balcões de Justiça e Cidadania, ultrapassa a satisfação dos interesses individuais, tornando-se importante instrumento de convivência e coesão social, de experiência democrática.

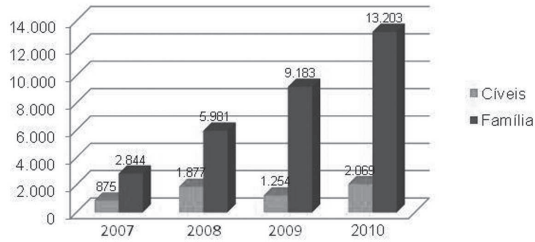
5. Tipos de Conflitos Solucionados

A Resolução nº 5/2006 estabelece que compete aos Balcões oferecer orientação, assistência jurídica, conciliação e mediação de conflitos de interesses nas questões cíveis de menor complexidade, descritas no artigo 3º, da Lei nº 9.099/95, que dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais. Excluem-se desta competência as questões de natureza fiscal, de interesse da Fazenda Pública e as relacionadas com acidentes de trabalho.

Na prática, a grande maioria das mediações versa sobre questões de natureza familiar; pensão alimentícia, divórcio, conversão de separação em divórcio, reconhecimento espontâneo de paternidade, reconhecimento e dissolução de união estável, restabelecimento de sociedade conjugal, entre outros. Uma vantagem de se realizar o reconhecimento espontâneo da paternidade nos Balcões de Justiça e Cidadania é a possibilidade de resolução simultânea das demais questões decorrentes do reconhecimento, como o dever de prestar alimentos e assistência, regulamentação de guarda e visitas.

Também são conflitos recorrentes os problemas entre vizinhos, composição de dívidas e questões relacionadas ao Direito do Consumidor. O gráfico a seguir, que abrange o período de 2007 a 2010, revela a predominância das questões familiares no âmbito de atuação dos Balcões de Justiça e Cidadania:

**Relação Entre Acordos Cíveis e de Família
Celebrados nos Balcões de Justiça e Cidadania**



Fonte: site do TJBA

A partir de nossa experiência podemos citar algumas características sobre a natureza dos conflitos recorrentes solucionados nos Balcões:

Número exacerbado de demandas sobre pensão alimentícia: De um modo geral, as mulheres detêm a guarda dos filhos e são elas que buscam o primeiro atendimento nos Balcões. É alto o índice de mães jovens, solteiras, que não têm condições de criar os filhos sem o auxílio da pensão. Os pais, por sua vez, também são jovens, sem estabilidade financeira e não têm consciência da importância de prestar alimentos. Nesses casos, o processo de mediação é orientado a resguardar o melhor interesse da criança, partindo da conscientização de ambos os pais.

Grande número de crianças que não têm a paternidade reconhecida: É comum o nascimento de filhos ser fruto de relacionamentos passageiros, o que dificulta o registro das crianças de forma adequada. Para agravar ainda mais a situação, o custo com o exame de DNA é muito alto e a opção pelo exame gratuito esbarra em filas intermináveis.

Irregularidades no sistema de visita dos filhos: É recorrente a reivindicação de mães solteiras solicitando uma maior participação dos pais no processo de criação dos filhos. Afirmam que as crianças sofrem demasiadamente com a ausência da figura paterna e que se sentem sobrecarregadas com a falta de apoio.

Inúmeros casos de alienação parental: Se pode constatar um grande número de casos de alienação parental. Nesse caso, é maior o número de pais que reclamam sofrer desse problema, ocasionado pelas mães, que assumem posturas negativas com o objetivo de afastar e dificultar a relação entre pais e filhos. Infelizmente, é notável a correlação entre a síndrome de alienação parental e a falta de pagamento de pensão alimentícia, transformando a criança em verdadeira moeda de troca.

Influência da crítica situação econômica das partes nos processos de divórcio: As dificuldades financeiras tornam o processo de divórcio ainda mais doloroso, sobretudo para as pessoas mais pobres, que muitas vezes se vêm impossibilitadas de sustentar duas casas distintas. Muitas vezes, o lar do casal é construído no terreno ou na laje superior da casa de um dos pais, o que dificulta a venda do imóvel, quando necessária. Não raro, mediados apresentam propostas inviáveis, como a de construir uma parede no meio da casa, deixando

ENTRE ASPAS

quarto e banheiro para um e cozinha e sala para o outro, criando uma condição de vida esdrúxula. Também se vê as partes continuarem vivendo sob o mesmo teto, o que gera muitos conflitos, principalmente quando um deles estabelece nova relação afetiva, sendo também muito frequentes os acordos em que o mediando abre mão do imóvel do casal em favor da mulher e dos filhos. De um modo geral, os mediandos não dispõem de título de propriedade ou mesmo de documentos que comprovem a aquisição do mero direito de posse, de sorte que os instrumentos contratuais adotados nas unidades de mediação muitas vezes se constituem no primeiro documento em que se reconhece o direito de posse sobre imóvel do casal.

Elevado índice de violência psicológica e física no âmbito familiar: No âmbito dos Balcões de Justiça e Cidadania se observa o grande número de casos de violência doméstica, cujas maiores vítimas são as mulheres. Diversos fatores incrementam esta situação: o déficit de educação da população, o alto índice de alcoolismo, a falta de estabilidade financeira, desemprego, entre outros.

O impacto da estrutura física das comunidades nas relações entre vizinhos: Os conflitos entre vizinhos estão cada vez mais complexos e se multiplicam de forma assustadora na sociedade. O uso da violência está se tornando frequente, resultando, em muitos casos, em homicídios. Esta situação se agrava no contexto das comunidades mais pobres em virtude da estrutura inadequada das casas, construídas lado a lado, muitas vezes divididas pela mesma parede. A necessidade de diálogo é latente para negociar conflitos sobre: infiltrações, lixo, barulhos, construções irregulares, fofocas etc.

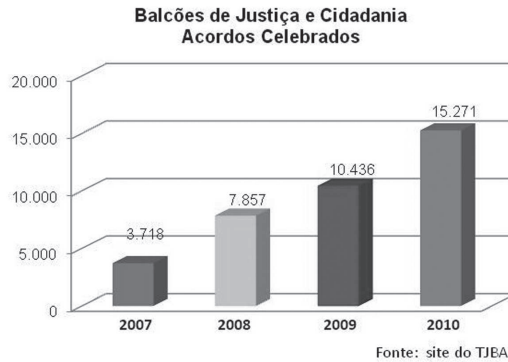
Conflitos derivados de relações de consumo: É crescente a busca pela solução de conflitos decorrentes de relações de consumo. Nesses casos, a carta convite é diferenciada, indicando a parte que pleiteia a solução, o número do contrato, se houver, e os motivos da queixa. Assim, os prepostos enviados pelas empresas têm uma margem de negociação. É importante ressaltar os papéis da Empresa Baiana de Águas e Saneamento (Embasa) e Companhia de Eletricidade da Bahia (Coelba) que têm realizado inúmeros acordos no âmbito dos Balcões de Justiça e Cidadania.

6. Resultados Apresentados

Desde o seu surgimento, o Projeto vem apresentando notáveis resultados. No entanto, não existe uma estatística real dos números alcançados na sua fase inicial, entre os anos de 2003 até 2006.

A partir de 2007, ocorreram profundas transformações, com a uniformização dos procedimentos. Com a inclusão do relatório mensal das atividades desenvolvidas, apresentado por cada unidade, o Projeto passou a construir uma estatística valiosa sobre os resultados alcançados.

Nos últimos 4 anos de atividade, foram celebrados mais de 37 mil acordos, resultantes da realização de mais de 67 mil sessões de mediação. No mesmo período, foram oferecidas mais de 180 orientações ao jurisdicionado nas unidades de mediação. O gráfico a seguir revela o crescente número de acordos em cada ano:



O benefício mais palpável apresentado pelos Balcões de Justiça e Cidadania foi a solução de milhares de conflitos sem a necessidade de utilização de procedimento litigioso, de forma rápida, descentralizada e de baixo custo para o Poder Público e também para o cidadão, que não necessitou se deslocar para áreas centrais da cidade para tratar de temas como alimentos e divórcio.

O trabalho realizado nas unidades de mediação também contribuiu para o Poder Judiciário, não somente em relação à contenção da proliferação das demandas, como para a economia da própria Justiça. Dados divulgados pelo CNJ, na edição de 2009 da “Justiça em Números”¹⁶ indicam o custo de R\$ 1.982,00 por caso novo da Justiça Comum do Estado da Bahia.

Isso demonstra a elevada onerosidade do litígio que, a partir do ajuizamento, passa a movimentar a complexa “máquina” judiciária, desde os setores de distribuição, passando pelos atos das secretarias, despachos dos juízes, atos de oficiais de justiça, que demandam várias despesas. Já o custo com a homologação do acordo extrajudicial, embora não informado nos estudos pesquisados, é, a toda evidência, de valor muito inferior, sobretudo quando viabilizado por meio do projeto objeto do presente artigo, de estrutura bastante modesta.

Outro dado relevante, também encontrado no relatório “Justiça em Números”, diz respeito à quantidade de processos que aguardam julgamento no primeiro (superior a 5,5 milhões, 3.321.434 na Justiça Comum e 2.264.927 nos Juizados Especiais). Considerando que a última lista de magistrados divulgada pelo TJBA¹⁷ indica a quantidade de 540 Juízes em atividade no Estado, cabe a cada um deles um montante superior a 10 mil processos.

Esses números, quando comparados com os dados dos Balcões de Justiça e Cidadania, demonstram que, apesar do notável trabalho realizado pelo Tribunal de Justiça do Estado da Bahia em prol da solução pacífica das controvérsias, ainda há um longo caminho a ser percorrido pelos projetos que buscam o emprego das chamadas soluções alternativas de conflitos e o projeto Balcão de Justiça e Cidadania é, sem dúvida, um instrumento que se apresenta com grande possibilidade de atender a essa necessidade, por se tratar de uma prática bem estruturada.

A longo prazo, o maior benefício proporcionado pelos Balcões de Justiça e Cidadania será a introdução, em definitivo, de uma conduta voltada para a solução pacífica dos conflitos. Diferente da imposição contida em uma sentença, a solução consensual tende a ser satisfeita com naturalidade pelas partes, evitando os aspectos negativos de uma execução.

Uma vez que a solução obtida nos Balcões de Justiça e Cidadania decorre de ato volitivo da parte, as situações em que o alimentante deixa de cumprir obrigação decorrem, em regra, de fato superveniente ao acordo e, graças ao caráter prospectivo decorrente da mediação e do restabelecimento do diálogo entre as partes, é possível transigir acerca da dívida de alimentos, quando eventualmente ocorre o inadimplemento.

A tabela encontrada no site no TJBA¹⁸ informa que em 2010 retornaram às unidades de mediação 826 pessoas para reclamar o descumprimento de obrigação alimentar, número esse reduzido, que corresponde ao percentual de 6,2% do total de acordos em matéria de família celebrados no mesmo exercício. Vale esclarecer que os acordos descumpridos resultam na abertura de nova mediação, visando à composição do débito. Disso se deduz que uma parte dos acordos inadimplidos foi solucionada sem a necessidade de execução. Merece ainda mencionar que nos últimos quatro anos de controle efetivo das atividades dos Balcões de Justiça e Cidadania não se tem notícia de decreto de prisão por dívida de alimentos, apesar da grande quantidade de acordos celebrados, dado que reforça a ideia de efetividade proporcionada pela mediação.

Por fim, o elevado índice de satisfação do jurisdicionado em relação à rapidez e a adequação dos serviços prestados nas unidades de mediação contribui para uma visão mais positiva da população em relação ao Poder Judiciário.

O amadurecimento do Projeto possibilitou alguns reconhecimentos relevantes, além do proporcionado pelo próprio jurisdicionado em pesquisa de opinião. O primeiro deles ocorreu em julho de 2007, em evento organizado pela Associação de Magistrados do Brasil (AMB) e do Conselho Nacional de Justiça, em virtude do qual Projeto BJC foi incluído no “Guia das Melhores Práticas da Gestão Judiciária”, que elegeu 33 iniciativas inovadoras desenvolvidas pelos Tribunais de Justiça brasileiros. O lançamento do Guia ocorreu em setembro do referido ano, durante o III Encontro Nacional de Juízes Estaduais (Enaje).

Posteriormente, no ano de 2009, o Projeto foi incluído no Planejamento Estratégico do CNJ, no item “Acesso ao Sistema de Justiça”, servindo como referência para outros Tribunais do País.

Por fim, em 07/12/2010, no IV Encontro Nacional do Judiciário realizado na cidade do Rio de Janeiro, o Balcão de Justiça e Cidadania, junto 4 outras práticas adotadas por tribunais de justiça brasileiros, recebeu homenagem (I Prêmio Conciliar é Legal, instituído pelo CNJ), em reconhecimento às atividades desenvolvidas. Ao todo, foram inscritos 101 práticas.

Também merecem registro os resultados alcançados na Semana Nacional de Conciliação de 2010, durante a qual foi possível realizar 1.898 sessões de mediação, das 3.331 sessões designadas no período, que proporcionaram a celebração de 1.373 acordos. Pelos resultados alcançados, foram agraciadas, pelo Tribunal de Justiça, com a medalha “Semana Nacional de Conciliação – Primeiro Lugar” e Certificado de Honra ao Mérito, as unidades do bairro da Liberdade e da cidade de Teixeira de Freitas (Fasb), em solenidade realizada em no dia 17 de dezembro de 2010¹⁹.

7. Conclusão

O Projeto Balcão de Justiça e Cidadania desenvolvido pelo o Tribunal de Justiça do Estado da Bahia está desempenhando um papel relevante para a efetivação do acesso à Justiça, servindo de modelo para outros Estados e favorecendo as comunidades de baixa renda. Contudo, seus efeitos extrapolam a satisfação das partes e alcançam a sociedade como um todo, na medida em que promove o exercício da cidadania, a pacificação e a inclusão sociais.

Merece destaque a utilização da mediação, procedimento que possibilita aos indivíduos uma visão diferenciada do conflito, que os estimula a desenvolver habilidades de comunicação cooperativa, relegando o belicismo de outrora em favor de práticas altruístas, que atendem às necessidades e expectativas das partes.

O ritmo de crescimento do Projeto é notável, tanto em relação ao número de acordos (110% no ano de 2008, 32,8% em 2009 e 46% em 2010) quanto às instalações de novas unidades (65), sobretudo nas comarcas do interior do Estado. Embora considerável, o crescimento verificado se revela um tanto inferior às expectativas quando levado em consideração que os Balcões de Justiça e Cidadania estão presentes em apenas 27 das 277 comarcas instaladas no Estado da Bahia, quando o ideal seria a existência de uma unidade em cada comarca.

Os resultados logrados decorrem do esforço de todos que integram o Projeto, que empenham para atingir o objetivo comum de oferecer um serviço diferenciado, de qualidade, para resolver os conflitos dos cidadãos menos favorecidos e ampliar o universo cultural destes indivíduos a partir da conscientização sobre seus direitos e deveres.

Esses números também são consequência da reestruturação contínua do Projeto, o que permite o aperfeiçoamento de suas práticas. As perspectivas apontam um futuro promissor para conferir ao Projeto um caráter de política pública permanente. O ideal seria a regulamentação por lei, garantindo-lhe uma estrutura mínima de pessoal, principalmente nos grandes centros urbanos, a exemplo de Salvador.

O desempenho dos Balcões de Justiça e Cidadania, sobretudo nos últimos quatro anos, é a demonstração cabal da viabilidade da idéia de que, por meio de instalação simples, de baixo custo operacional, é possível oferecer ao jurisdicionado um serviço de eficácia comprovada, orientado pela cultura do diálogo e pelos princípios processuais da simplicidade, informalidade, celeridade e economia.

Referências

CAETANO, Luiz Antunes. *Arbitragem e Mediação*. São Paulo: Atlas, 2002.

HAYNES, Jonh, M; MARODIN, Marilene. *Fundamentos da Mediação Familiar*. Porto Alegre: Artmed, 1996.

MOORE, Chistopher W. *O processo de Mediação: Estratégias Práticas para a Resolução dos Conflitos*. Porto Alegre: Artmed, 1998.

SALES, Lília Maia de Moraes. *Justiça e mediação de conflitos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

_____, Lília Maia de Moraes; VASCONCELOS, Mônica Carvalho. *Mediação familiar, um estudo histórico-social das relações de conflitos nas famílias contemporâneas*. Fortaleza: Expressão Gráfica, 2006.

TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. São Paulo: Método, 2008.

VASCONCELOS, Mônica Carvalho. *Noções gerais sobre a mediação de Conflitos*. Site do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, 2010.

VEZZULA, Juan Carlos. *Teoria e Prática da Mediação*. Curitiba: Instituto de Mediação e Arbitragem do Brasil, 1998.

_____. *Mediação: guia para usuários e profissionais*. Florianópolis: Instituto de Mediação e Arbitragem do Brasil, 2001.

Notas

- ¹ Resolução disponível em: <http://www.tj.ba.gov.br/secao/noticiares.wsp?tmp.id=199&tmp.ano=2003>
- ² Sobre os procedimentos para a formalização de parcerias, ver: http://www.tjba.jus.br/site/arquivos/convenio_BJC.pdf
- ³ Foram importantes aliados nesse processo os agentes de cidadania que atuavam dentro das comunidades, contribuindo para a divulgação dos benefícios oferecidos nos Balcões.
- ⁴ Resolução disponível em: <http://www.tj.ba.gov.br/secao/noticiares.wsp>
- ⁵ Resolução disponível em: <http://www.tjba.jus.br/site/arquivos/resolucao5.pdf>
- ⁶ <http://www.tjba.jus.br/site/arquivos/bjc-relatorio-2006-2007.pdf>
- ⁷ <http://www.tjba.jus.br/site/arquivos/bjc-Relatorio-2008-2009.pdf>
- ⁸ <http://www.tjba.jus.br/site/arquivos/bjc-Relatorio-atividades-2010.pdf>
- ⁹ Os melhores resultados obtidos pela pesquisa dizem respeito à qualidade do atendimento e rapidez do serviço prestado, itens em que os conceitos ótimo e bom têm superado a 80% das opiniões colhidas, desde a realização da primeira pesquisa.
- ¹⁰ Os Balcões de Justiça e Cidadania vêm experimentando permanente expansão desde o ano de 2006, quando foram instaladas 11 unidades. Nos anos seguintes outras unidades foram inauguradas, sendo 22 em 2007, 9 em 2008, 16 em 2009 e 15 no ano de 2010. No final desse último ano, o Projeto dispõe de 65 unidades em funcionamento, uma vez que algumas das unidades inauguradas nos anos anteriores tiveram as suas atividades encerradas por diferentes motivos.
- ¹¹ De acordo com esse Projeto de lei, os mediadores podem ser judiciais ou extrajudiciais. Os primeiros deverão ser advogados com pelo menos três anos de efetivo exercício de atividades jurídicas, capacitados em mediação e inscritos no Registro de Mediadores que serão criados pelos respectivos Tribunais de Justiça de cada Estado. Os segundos, por sua vez, são mediadores extrajudiciais, independentes, selecionados e inscritos no mesmo Registro.
- ¹² <http://www.tjba.jus.br/site/arquivos/BJC-Relatorio-atividades-2010.pdf>
- ¹³ Manual de Procedimentos disponível em: http://www.tjba.jus.br/site/arquivos/Manual_de_Procedimentos.pdf
- ¹⁴ Sobre as diferenças entre mediação e conciliação, ver o artigo da Professora Mônica Carvalho Vasconcelos, disponível em: <http://www.tjba.jus.br/site/arquivos/bjc-mediacao.pdf>
- ¹⁵ Sobre as etapas de um processo de mediação ver: MOORE. Chistopher W. O processo de Mediação: Estratégias Práticas para a Resolução dos Conflitos Porto Alegre: Artmed, 1998.
- ¹⁶ http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=12188
- ¹⁷ <http://www.tjba.jus.br/site/arquivos/RelacaoGeral201210.pdf>
- ¹⁸ <http://www.tjba.jus.br/site/arquivos/bjc-atividades-2010.pdf>
- ¹⁹ <http://www.tjba.jus.br/site/noticias.wsp?tmp.id=4494>

A METODOLOGIA DA INVESTIGAÇÃO APRECIATIVA E AS SEMANAS NACIONAIS DE CONCILIAÇÃO: CASE DO PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA

Pedro Lúcio Silva Vivas

Bacharel em Administração de Empresas com Especialização em Análise de Sistemas, pós-graduado em Gestão do Conhecimento, Assessor da Assessoria Especial da Presidência - AEP II - Assuntos Institucionais - no Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, 5ª Avenida do Centro Administrativo da Bahia, Nº560, Sala 301 Sul, Salvador, Bahia, Brasil – Tel. 71 3372-5657/5077 - E-Mail: pvivas@tjba.jus.br.

Resumo: Neste artigo, apresenta-se um panorama das mudanças ocorridas no Poder Judiciário do Estado da Bahia em função da inserção em sua agenda de prioridades da cultura da negociação e da conciliação como forma alternativa, válida e definitiva de resolução de conflitos em prol da pacificação social. Aborda-se ainda a metodologia de Investigação Apreciativa no intuito de analisar, de forma concisa, se elementos estruturantes deste arquétipo de gestão são encontrados neste processo de transformação.

Palavras-Chave: Cultura Organizacional. Conciliação. Estatística Descritiva. Investigação Apreciativa. Resolução Alternativa de Disputas. Semana Nacional de Conciliação.

Sumário: Introdução; A Investigação Apreciativa; A Mudança de Paradigma; A construção de um novo cenário; O papel da COPPEMC; Glossário estatístico; Estatística descritiva das Semanas Nacionais de Conciliação na Bahia; A Investigação Apreciativa e as SNC na Bahia; Resultados atingidos; Conclusão; Bibliografia consultada.

Introdução

Importante ação integrante do **Movimento pela Conciliação**, programa iniciado em 23 de agosto de 2006 com o slogan **Conciliar é legal**, sob a coordenação do egrégio Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e que visa preservar à população a garantia constitucional do acesso à Justiça; a **Semana Nacional da Conciliação - SNC**, além de emblemática, uma vez que se realiza anualmente próximo ao dia 8 de dezembro, dia dedicado à Justiça, apresenta-se como um artefato alternativo adequado a suplementar o sistema judiciário litigioso tradicional e eficaz na reinserção na sociedade da cultura do diálogo e da negociação na resolução de disputas de interesses conflituosos, invitando todos, especialmente aos operadores do direito, a abarcar seus potenciais benefícios, incluindo-se neste rol redução de tempo e custos e maior eficácia de execução no desfecho dos processos.

ENTRE ASPAS

À luz desse prisma e da égide de um notável saber jurídico, Dra. Taís Schilling Ferraz, Juíza Federal e membro do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), preconiza:

A vida forense diária ensina que a melhor sentença não tem maior valor que o mais singelo dos acordos. A jurisdição, enquanto atividade meramente substitutiva, dirime o litígio, do ponto de vista dos seus efeitos jurídicos, mas na imensa maioria das vezes, ao contrário de eliminar o conflito subjetivo entre as partes, o incrementa, gerando maior animosidade e, em grande escala, transferência de responsabilidades pela derrota judicial: a parte vencida dificilmente reconhece que seu direito não era melhor que o da outra, e, não raro, credita ao Poder Judiciário a responsabilidade pelo revés em suas expectativas. O vencido dificilmente é convencido pela sentença e o ressentimento, decorrente do julgamento, fomenta novas lides, em um círculo vicioso. Na conciliação, diferentemente, não existem vencedores nem perdedores. São as partes que constroem a solução para os próprios problemas, tornando-se responsáveis pelos compromissos que assumem, resgatando, tanto quanto possível, a capacidade de relacionamento. Nesse mecanismo, o papel do juiz não é menos importante, pois é aqui que ele cumpre sua missão de pacificar verdadeiramente o conflito. [...] Situações há que demandam a atividade substitutiva do Poder Judiciário – o julgamento – para balizar os comportamentos. Mas a conciliação sempre deve ser a primeira alternativa e a mais estimulada, como instrumento de grande potencial que é para a pacificação dos conflitos. (FERRAZ, 2010)

Iniciativas como a Semana Nacional da Conciliação, criadas no intuito de estimular o Poder Judiciário Nacional a oferecer instrumentos e ações de conciliação e incentivar a população a fazer uso desses mecanismos, são verdadeiros determinantes sociais que podem “institucionalizar” a cultura do entendimento. Se as pessoas descobrem formas mais rápidas, simples e econômicas de acesso à Justiça, essas se transformam em regras gerais para a formação de um senso comum que potencializa sobremaneira a probabilidade de um acordo, eliciando comportamentos desfavoráveis muito comuns, como a esquiva ou fuga ao debate, ação essencial da negociação.

Diante da necessidade e da possibilidade de contribuição da Semana Nacional da Conciliação para redução da taxa de congestionamento, *ipso facto* na elevação do nível de satisfação dos jurisdicionados, outrossim, e à luz da assertiva da Dra. Taís Schilling, resta pacífico o entendimento que o Poder Judiciário inova a jusante quando trilha sobre um “velho” acesso, a concepção de uma “nova” justiça; revigorando a conciliação, reconstruindo-a com novos elementos, utilizando transversalmente bases da antropologia, psicologia e neurolinguística, como forma de promover a necessária e profunda mudança de mentalidade e conduta, consolidadas em longos anos de vivência na esfera única da litigiosidade.

Em particular no Poder Judiciário do Estado da Bahia, quando o comparando apenas no âmbito da Justiça Estadual na realização das Semanas Nacionais de Conciliação, verifica-se uma produtividade singular, isto sem que, em relação direta ou proporcional, assinalem com um aumento significativo na oferta de seus recursos humanos e/ou materiais. Ao melhor exame, o fato de a Bahia ter se destacado em todas as cinco edições da campanha, estando bem posicionada, consoante adiante poderá ser observado, em relação ao número total de

audiências realizadas e de acordos.

Isso posto, ante ao aludido cenário de diferenciação, o cerne de proposição deste artigo é o de verificar se existem elementos da Metodologia de Investigação Apreciativa, desenvolvida pelos Drs. David L. Cooperrider¹ e Suresh Srivastvai² da Case Western Reserve University, ainda que involuntariamente, presentes na construção deste panorama, de que forma se articulam em ideias, planos e práticas afirmativas, e como se dá o envolvimento dos atores organizacionais nesta “transformação” de larga escala. Neste desígnio, far-se-á adiante o levantamento estatístico descritivo dos resultados e das ações que mais tenham contribuído ao atual momento da conciliação no do Poder Judiciário do Estado da Bahia.

A Investigação Apreciativa

A Investigação Apreciativa – IA é uma metodologia de gestão resultante de uma Pesquisa-Ação realizada em 1980 pelos Drs. David L. Cooperrider e Suresh Srivastva, à época doutorandos do programa de Comportamento Organizacional da *Case Western Reserve University*, nas dependências da Clínica Médica Cleveland, na cidade de mesmo nome, Estado de Ohio nos EUA. Os pesquisadores queriam entender quais eram os fatores que mais contribuíam para a alta eficácia da Clínica quando esta se encontrava nos seus melhores momentos, ignorando todo o resto. Como em toda Pesquisa-Ação a intenção dos pesquisadores não era meramente relatar impressões em seus diagnósticos, ambos estavam engajados e interagindo com o grupo de modo cooperativo e inovador, num processo de aprendizagem organizacional e, assim, estabeleceram não somente que situação social era mais favorável, como também a forma de aumentar a consistência daqueles momentos.

O termo “*Appreciative Inquiry*”, ou Investigação Apreciativa, foi descrito, então, pela primeira vez, num relatório criado para ser uma poderosa e positiva ferramenta de aplicação do método pelos proprietários e colaboradores da clínica Cleveland.

A etimologia do termo *per se* já revela muito de sua proposição metodológica, “apreciar” como valorização ou ato de reconhecimento do melhor que há nas pessoas ou nas coisas e a motivação que temos em função disto e, “investigar” por sua vez tem com um sentido mais direto complementando sua essência, descobrir e aprender a apreender o que existe de excelência em um determinado sistema vivo, social e organizado e direcioná-lo a novos potenciais e possibilidades.

Solução de Problemas	Investigação Apreciativa
Identificação do Problema	Apreciar e valorizar o melhor, “O que é”
Análise das Causas	Dar visão ao “O que deveria ser”
Análise das possíveis soluções	Dialogando “O que pode ser”
Planejamento das ações	Inovando “O que será”
Pressupõe: a organização é um problema a ser resolvido	Pressupõe: a organização é um mistério a ser abraçado
Pergunta chave: O que está no caminho daquilo que queremos?	Pergunta chave: O que você quer criar?

Tabela 01 – Solução de Problemas X Investigação Apreciativa (GLOBE, 2010)

Temos a seguir a representação gráfica do fluxo metodológico proposto por David L. Cooperrider e Suresh Srivastva para a Investigação Apreciativa:



Figura 01 – Fluxo do 4Ds da Investigação Apreciativa (FRY, 2010)

Traduzindo essa concepção para o mundo organizacional, temos um processo de descoberta das suas melhores competências (conhecimentos, habilidades e atitudes) individuais e coletivas, para que essas alinhem visões positivas ao seu futuro sem desligar-se do que já fora exitoso no passado. O foco será sempre a plenitude de sua eficácia em total detrimento da resolução de possíveis “mazelas” históricas, transcendendo os desafios por meio de estratégias, táticas e ações integradoras e inovadoras, aumentando sua capacidade sistêmica de colaboração e de adaptação. Em síntese, a organização se indaga ciclicamente: o que temos de melhor para potencializarmos e atingirmos nossa missão institucional? Segundo nos releva Ronald Fry³, a Investigação Apreciativa pode ser entendida da seguinte forma:

Esse método de análise organizacional – ou simplesmente uma forma de estar no mundo ao nosso redor – é diferente da solução administrativa de problemas convencionais. A básica suposição de que se vai solucionar um problema pode dar a impressão de que o fato de organizar consiste em problemas a serem solucionados. A tarefa subsequente para o aprimoramento então, passa a ser a remoção das deficiências, obstáculos ou problemas de raízes. Este processo inclui basicamente: 1) identificação dos problemas-chave ou deficiências; 2) análise das causas; 3) análise das soluções e; 4) desenvolvimento de um tratamento ou plano de ação.

Em contraste, a base da IA não preconiza que organizar seja “um problema a ser resolvido”, mas uma “solução a ser abraçada”. Quando nós ficamos maravilhados, cheios de curiosidade sobre o milagre de organizar – quando o processo estiver no seu ponto melhor – ele requer uma mudança radical nos processos e na linguagem. São os 4 passos chamados de 4Ds. Este processo basicamente inclui: 1) “*Discovery*”- descoberta das coisas boas oferecidas verificando-se as melhores práticas existentes; 2) “*Dream*” (sonhar) sobre as qualidades reais do processo atual e possíveis melhorias; 3) “*Design*” – quando se traça os caminhos para concretizar o sonho e; 4) “*Destiny*”(destino) que é o

momento de se colocar em prática aquilo que foi planejado.

Consideremos o exemplo do planejamento estratégico. Geralmente, reunimos pessoas-chave do sistema para se reunirem e, começar algum exercício no “céu azul” pensando ou vislumbrando o futuro. São fornecidas informações adicionais para ajudar a compreensão das tendências e características do ambiente para que as pessoas possam calcular as condições e limitações. Tudo isso assumindo que, com base em nosso passado, já temos condições de saber tudo o que podemos realizar. Sabemos que nosso passado determina aquilo que antecipamos para o futuro, mas raramente paramos para perguntar: *“há mais alguma coisa a ser descoberta em relação ao nosso passado que pudesse nos ajudar a vislumbrar um futuro que seja desejável e possível?”* Quando a IA é aplicada para ajudar o pensamento estratégico, os participantes descobrem novas informações sobre suas melhores experiências no passado, antes de formar uma imagem do futuro. A diferença entre a ousadia e a difusão de suas imagens é muito grande. A tendência natural para que eles queiram agir para fazer com que o futuro se concretize incorpora o milagre do *empowerment* (empoderamento), aprendizado autodirigido, e um alto desempenho que desejamos para o momento atual.

É importante observar que a prática da IA está ainda na infância. Como uma criança curiosa que fica maravilhada com o mundo ao seu redor, uma ampla rede de professores, cientistas e pesquisadores está realizando experiências com princípios apreciativos, fazendo novas perguntas decisivas e documentando suas histórias diariamente. O que realmente vem emergindo de toda essa atividade pioneira é uma tese, ou proposição provocativa: já conseguimos alcançar os limites para a solução dos problemas como um modo de investigação capaz de inspirar, mobilizar e sustentar a mudança no sistema humano; o futuro do desenvolvimento organizacional pertence a métodos que afirmam, compelem e aceleram o aprendizado antecipatório envolvendo níveis cada vez maiores de participantes. (FRY, 2010)

Na tabela 2 abaixo, procura-se sintetizar algumas das mais importantes características da metodologia de investigação apreciativa:

INVESTIGAÇÃO APRECIATIVA	
Pressuposições	A confiança da jornada ao futuro pode ser maior quando se levar o melhor de seu passado.
	A linguagem que usamos cria a nossa realidade.
	Em quaisquer organizações, grupos ou indivíduos há talentos e habilidades únicas.
	Focar para se criar a realidade que desejamos.
	O ato de questionar inicia uma mudança.
Princípios Metodológicos	Antecipatório - uma imagem do futuro antecede a mudança.
	Construtivista – nossa capacidade para imaginar e criar um futuro permite que as organizações possam ser alteradas ou reconstruídas.
	Poético – organizações são como um livro aberto. O livro está aberto a múltiplas interpretações e conclusões.
	Positivo – perguntas positivas levam a mudanças positivas. Os sistemas se movem na direção das perguntas feitas.
	Simultaneidade – as sementes da mudança são plantadas com a primeira pergunta feita. Investigação e intervenção são ações simultâneas.

Resultados Esperados	Criar ambiente onde pessoas escolhem como querem contribuir.
	Criar oportunidades para que todos sejam ouvidos.
	Criar oportunidade para pessoas sonharem e compartilharem sonhos.
	Criar bons relacionamentos.
	Emergir o melhor das pessoas e elas verem o melhor dos outros e das coisas.
	Encorajar e habilitar as pessoas a serem positivas.
	Focar no sonho mais ousado de possibilidade positiva.
	Gerar cooperação e inovação.
	Gerar senso de importância nas pessoas.
	Liberar poder e aprendizagem individual e organizacional.
	Oferecer às pessoas apoio para agir.

Tabela 02 – Síntese da Metodologia de Investigação Apreciativa (GLOBE, 2010)

A Mudança de Paradigma

Surge hodiernamente no Poder Judiciário Nacional um novo modelo de comportamento organizacional, baseado na busca incessante por um sistema de justiça eficaz em todos os seus componentes e onde a “acessibilidade” seja mais do que a facilidade de acesso a unidades judiciais ou a obter aconselhamento jurídico. Trata-se da apreciação, compreensão e atendimento das necessidades daqueles que buscam o Judiciário, sob pena do sistema perder a sua identidade, importância e respeito da sociedade a que serve.

Desde a implantação pelo CNJ do programa “Movimento pela Conciliação”, pela decorrente e forte aproximação com a sociedade, advinda da execução deste programa, existe a quebra de um consolidado entendimento, quase um senso comum no qual o Poder Judiciário representa uma enorme e fechada caixa preta, sob este aspecto, anterior à implantação do referido programa, SADEK afirmava já em meados de 2004 que:

No que se refere à mentalidade, pode-se afirmar que o Judiciário não difere, neste aspecto, de outras instituições igualmente fechadas, com traços aristocráticos. O figurino da instituição tem se mostrado um ponto problemático, uma vez que, longe de encorajar o substantivo, prende-se à forma; ao invés de premiar o compromisso com o real, incentiva o saber abstrato. Esse descompasso entre o valorizado pela instituição e as mudanças vividas pela sociedade responde, em grande parte, pela imagem negativa da magistratura perante a população. Deve-se, contudo, sublinhar que nos últimos anos têm crescido as reações internas a esse modelo. Tanto isto é verdade que, hoje, dificilmente, pode-se afirmar que a magistratura constitui um corpo homogêneo. Ao contrário, não apenas têm se multiplicado os grupos internos, como muitos juízes têm se mostrado críticos da instituição e sensíveis a propostas de mudança, mesmo que afetem diretamente interesses corporativos e tradicionais. (SADEK, 2010)

Observa-se neste íterim o despertar de todo o Poder Judiciário Nacional, Magistrados, Servidores e Operadores do Direito em geral, para o fato de que promover o acesso à Justiça ao cidadão somente será possível pela oferta de uma variedade de abordagens e de opções na

resolução de seus litígios, de maneira a construir uma solução satisfatória ao problema que, embora incluía a realização de um processo judicial como base, seja este apenas parte de um amplo espectro de escolhas, neste contexto, a conciliação passa a ser para a população, uma de suas principais alternativas.

A Construção de um Novo Cenário

Embora instituído em 31 de dezembro de 2004 e instalado em 14 de junho de 2005, o Conselho Nacional de Justiça - CNJ já possuía números do Poder Judiciário Nacional fornecidos pelo “Banco Nacional de Dados do Poder Judiciário – BNDPJ”, programa criado em 1989 pelo Supremo Tribunal Federal - STF, que à época já realizava levantamentos estatísticos em toda a Justiça brasileira, atribuição constitucional do CNJ, posteriormente implementada com o advento da criação do Sistema de Estatística do Poder Judiciário pela Res. CNJ nº 04/2005, que tinha como ano base o ano de 2004.

O primeiro relatório anual de compêndio estatístico, nominado pelo CNJ de “Justiça em Números”, homônimo aos seminários sobre o tema promovidos anteriormente pelo STF, já apresentava, por seus números, um foco de fortes preocupações aos gestores da época. Tratava-se da taxa de congestionamento total, razão entre produção de cada Tribunal pelo seu próprio acervo de processos. Apontada por grandes especialistas da área como consequência direta da democratização dos direitos individuais oriundos da Constituição Brasileira de 1988, se apresentou, entre os anos de 2004 a 2006, aproximadamente 60% em bases nacionais, no patamar de 63% na Justiça do Trabalho, 75% na Justiça Estadual, com 82% na Justiça Federal e, apresentava-se em 87% na Justiça Estadual da Bahia.

Além da elevada Taxa de Congestionamento observada, outro ponto de atenção era o atendimento à Emenda Constitucional nº 45/2004, que reconhecia expressamente como direito fundamental a duração razoável do processo e os meios que garantissem a celeridade de sua tramitação. O Tribunal de Justiça da Bahia, não alheio a essas realidades, já havia criado em 2003 por intermédio da Resolução TJBA nº 1/2003 e reformulado pela Resolução TJBA nº 5/2006, o programa “Balcão de Justiça e Cidadania - BJC”, para ampliar e democratizar o acesso à Justiça; desenvolvia fortemente à época, a vascularização dos Juizados Especiais e; promovia no interior do Estado, diversos grandes mutirões de conciliação com milhares de processos em pauta, a exemplo do que ocorreu nas Comarcas de Alagoinhas, Camaçari, Feira de Santana, Lauro de Freitas, contando ainda com a iniciativa de diversos Magistrados que realizaram mobilizações desta natureza de forma independente, inclusive na Capital.

O CNJ, por sua vez, a partir da análise desse cenário e no intuito de promover ações que aperfeiçoassem processos que melhorassem a celeridade processual e, por conseguinte, reduzissem a taxa de congestionamento em todas as esferas do Poder Judiciário Nacional, realiza uma série de recomendações aos tribunais, dentre as quais se destacam:

Recomendação nº 1/2006: Recomenda aos Tribunais e outros órgãos do Poder Judiciário com atuação direta ou indireta sobre os Juizados Especiais a adoção de diversas medidas de aperfeiçoamento dos Juizados Especiais;

Recomendação nº 4/2006: Recomenda a destinação de verba orçamentária específica para a expansão do atendimento à população por meio dos Juizados Especiais;

ENTRE ASPAS

Recomendação nº 5/2006: Recomenda o estudo da viabilidade da criação de varas especializadas em direito de família, sucessões, infância e juventude, e de Câmaras ou Turmas com competência exclusiva ou preferencial sobre tais matérias.

Em sessão plenária realizada em 8 de agosto de 2006, o CNJ lança o “**Movimento pela Conciliação**” cujo objetivo precípuo era o de realizar a mudança da cultura da litigiosidade entre os operadores do Direito e a sociedade, em função da promoção da cultura da negociação e da conciliação e, em longo prazo, a pacificação social.

Como toda mudança prescinde da quebra de inércia dos indivíduos para que saiam de suas zonas de conforto, além do natural temor pelo desconhecido, no intuito de motivar, por parte dos Juízes de 1º grau, atores estratégicos no processo, a adotarem a conciliação definitivamente, não significando uma possível redução de sua produtividade, o CNJ edita a Recomendação CNJ nº 06 que assim delibera:

Recomendação nº 6/2006: Recomenda aos Tribunais Regionais Federais, aos Tribunais Regionais do Trabalho e aos Tribunais de Justiça que passem a valorar cada acordo realizado pelos magistrados como uma sentença para todos os efeitos.

Passados apenas 4 meses do lançamento do programa **Movimento pela Conciliação** toda capacidade logística do Judiciário é posta à prova no sentido de realizar a primeira grande iniciativa do programa, o **Dia Nacional da Conciliação**, agendado para o dia 08 de dezembro de 2006, data marcante não somente pelo quanto exposto, outrossim, por ser este um dia emblemático vez que oficialmente é dedicado à Justiça.

O sucesso alcançado na desafiante ação foi acima das expectativas do CNJ e determinante para que esse editasse, já em 28 de fevereiro de 2007, a Recomendação CNJ nº 08/2007, que define:

Recomendação nº 8/2007: Recomenda aos Tribunais de Justiça, Tribunais Regionais Federais e Tribunais Regionais do Trabalho a realização de estudos e de ações tendentes a dar continuidade ao Movimento pela Conciliação.

A Recomendação CNJ nº 8/2007 orienta ainda aos Tribunais:

- a) A constituição de comissão permanente encarregada dessas atividades;
- b) O planejamento anual, no âmbito do Tribunal, do Movimento pela Conciliação, em que se podem inserir a fixação de um dia da semana com pauta exclusiva de conciliações, a preparação de semanas de conciliação e do Dia Nacional da Conciliação de 2007, a definição de metas, a realização de pesquisas, dentre outras atividades;
- c) A oferta de cursos de capacitação de conciliadores, magistrados e servidores;
- d) A divulgação, interna e externa, do Movimento pela Conciliação, inclusive da estatística específica de conciliações.

Em seu **Manual de Implementação do Projeto Movimento pela Conciliação** editado e distribuído aos Tribunais pela Comissão dos Juizados Especiais do CNJ e destinado a dar o

suporte de gestão aos Estados que ainda não haviam definido um planejamento, encontra-se a seguinte exposição de motivos que fundamentam uma continuidade ao programa:

A iniciativa independe da edição de novas leis ou reformas constitucionais; parte da noção de licitude (art. 5º, II, da CF) e apresenta custo zero aos cofres públicos, valendo-se da estrutura material e dos recursos humanos já existentes ou de fácil arregimentação, tais como conciliadores e juízes leigos; almeja instalar polos de conciliação nas atuais comarcas, varas ou unidades jurisdicionais e, principalmente, interiorizar a Justiça, levando-a aos municípios, distritos, vilas, bairros, onde não esteja situada a sede do Judiciário, estabelecendo, verdadeiramente, alternativas de fácil acesso às populações e meios capazes de dar solução rápida aos casos que enfrenta.

Este projeto pode ser adaptado e empregado em outras iniciativas (Mutirões/Pautões de Conciliação, Mediação Familiar, Justiça Itinerante, Casas da Cidadania, Justiça Rápida, Conciliação nos Tribunais etc.), uma vez que consiste, em síntese, na realização de audiências informais presididas por conciliadores selecionados pelo Juízo com o Ministério Público e a Ordem dos Advogados, arregimentados no seio da comunidade, os quais buscarão compor as controvérsias que lhes são submetidas, lavrando termos de acordo nas hipóteses de obter sucesso, dando o devido encaminhamento aos casos não resolvidos.

Nada obsta ultrapassar os limites dos Juizados Especiais (Leis n. 9.099/95 e 10.259/01), uma vez que este projeto pode ser implementado na Justiça comum, já que versa sobre mecanismos voltados à realização de acordos, no âmbito judicial e extrajudicial, valendo-se dos fóruns e unidades judiciais locais, ou de espaços em quaisquer entidades que se associem ao Judiciário (públicas ou particulares, Salões Paroquiais, Associações Cívicas, Comerciais e Industriais, Prefeituras Municipais, Câmaras de Vereadores, Órgãos da Administração Pública Federal, Estadual e Municipal etc.). (CNJ, 2010)

Porquanto ao anteriormente aludido, devido ao êxito do **Dia Nacional da Conciliação**, da possibilidade de ampliar o contexto de atuação do Movimento por perpassar não somente ao âmbito dos Juizados Especiais, como também à Justiça Comum nos 1º e 2º Graus, de abarcar audiências pré-processuais nos Balcões de Justiça e Cidadania, o CNJ institui para 2007 a realização daquela que fora a 1ª edição, de um total de 5 edições realizadas até dezembro de 2010, da **Semana Nacional da Conciliação - SNC**, cuja intenção essencial era a redução da Taxa de Congestionamento e do tempo de duração da lide por intermédio de um evento que desse visibilidade ao movimento, numa convocação à sociedade e aos operadores do Direito sob a existência de um Poder Judiciário mais simplificado e menos formal e pela possibilidade das próprias partes em construírem uma solução definitiva para suas disputas judiciais.

O Poder Judiciário do Estado da Bahia se mobiliza no sentido de atender o quanto solicitado pela Recomendação CNJ nº 8/2007 e, para tanto, institui em 13 de abril de 2007 a

Comissão Permanente de Planejamento e Execução do Movimento pela Conciliação – COPPEMC.

A COPPEMC de forma a possuir representantes estratégicos e com legitimidade para “pensar e agir” a conciliação na Bahia, tendo como encargo básico o alinhamento e a racionalização no uso de recursos materiais e humanos e, os moldes em que os esforços de todas as unidades administrativas e judiciárias em prol do Movimento pela Conciliação devam ocorrer, compõem-se atualmente com esta configuração: Um Magistrado (a) do 2º Grau na condição de Presidente da COPPEMC; um (a) Juiz (a) – Assessor (a), representando a Presidência; um (a) Juiz (a) – Assessor (a), representando a 1ª Vice-Presidência; um (a) Juiz (a) – Assessor (a), representando a 2ª Vice-Presidência; um (a) Juiz (a) – Assessor (a), representando a 2ª Vice-Presidência; um (a) Juiz (a) – Assessor (a), representando a Corregedoria Geral da Justiça; um (a) Juiz (a) – Assessor (a), representando a Corregedoria das Comarcas do Interior; o (a) Secretário (a) da Secretaria de Administração – SEAD; o (a) Assessor (a) de Comunicação da Assessoria de Comunicação Social – ASCOM; o (a) Secretário (a) da Secretaria de Tecnologia da Informação e Modernização – SETIM; um Assessor (a) representando o Núcleo de Documentação e Informação – NDI e; 22 juízes que assumem a condição de coordenadores regionais de um determinado pólo agrupado de Comarcas.

O Papel da COPPEMC

Sendo o objetivo primordial da COPPEMC a difusão da cultura da conciliação no âmbito do Poder Judiciário baiano, não se trata, pois, de materializar um empreendimento de fácil consecução, haja vista possuir um caráter de subjetividade nada pragmático; de demandar satisfazer ao “convencimento” de *stackholders*⁴ estancados em posicionamentos consolidados pelos muitos anos de inserção na cultura da litigiosidade e, por esta razão, contrários às ideologias que permeiam o universo da conciliação e, por fim, o enfrentamento da bastante conhecida escassez de recursos de toda ordem.

As ações de articulação da COPPEMC basicamente consistiram, durante todo o período de atuação da comissão, em acender criativos arranjos institucionais e interinstitucionais com ações voltadas à participação de atores comuns ao sistema judicial, embora, assumindo diferenciados papéis, estratégia que sabidamente possui grandes riscos de implementação pela possível falta de identificação do ocupante à função que terá que desempenhar. Entretanto, concomitantemente favorece ao surgimento de novos talentos, outrora “anônimos e ignorados” no cotidiano e que surpreendem pela observação de uma postura comportamental e motivacional inimaginável aos céticos críticos do modelo judiciário tradicional.

Essa estratégia pode ser mais bem entendida pelo fato de a COPPEMC vir se renovando em sua composição ciclicamente, desde sua presidência, aos juízes polistas e aos colaboradores designados anualmente como supervisores e suplentes responsáveis pelas execuções das ações voltadas à Semana Nacional da Conciliação. O plano de ação da COPPEMC favorece, pelo rodízio de seus atores que implementa, a democratização da informação e a possibilidade de todos contribuírem de alguma modo, permeiam por aqueles que participam a semente da nova cultura e aos que ainda não tiveram oportunidade, entusiasmo pelo desejo de também se fazer ouvir, de poder mostrar seu potencial e suas competências. À luz desta sistemática, o escritor Francês Exupéry⁵ indicava: *“Se você quiser construir um navio, então não angarie homens para recolher madeira,*

dar ordens e dividir o trabalho. Em vez disso, ensina-lhes o anseio por um vasto e infinito mar.”

De pronto há que se observar o fato de não ser esta a única postura adotada pela comissão. Outros princípios e demais elementos que orientaram os trabalhos da COPPEMC foram:

- a) Foco centralizado na gestão participativa no intuito de possibilitar o surgimento de debates e o intercâmbio de experiências entre os diferentes atores participantes, motivando o compartilhamento de ideias e a liberdade de críticas construtivas;
- b) Capacitação de multiplicadores, inclusive voluntários, com o objetivo de comunicar aos atores sobre a flexibilidade do processo metodológico, voltado a não possuir um plano único em toda a territorialidade, respeitando as devidas variáveis locais e validando as melhores práticas;
- c) Criação de comunidade de prática e uso dos recursos de TI da web 2.0 para envolver e integrar a diversidade do atores e possibilitar a construção coletiva, permitir um maior intercâmbio entre os participantes no processo de discussão e na construção de ideias que estimulassem o movimento pela conciliação;
- d) Realização de palestras com convidados especiais, nomes consagrados da notável saber sobre negociação e conciliação para o aprofundamento e a socialização das técnicas e processos consolidados;
- e) Envolvimento interinstitucional, não somente com atores tradicionais, como também com os grandes demandantes e demandados da Justiça possibilitando a organização mais racional dos agendamentos de processos à conciliação.

Glossário Estatístico

Para um maior entendimento e melhor internalização das observações realizadas no levantamento estatístico sobre a participação do Poder Judiciário do Estado da Bahia nas Semanas Nacionais da Conciliação, faz-se necessário a inicial compreensão conceitual consideradas na fundamentação que se segue, de algumas importantes variáveis. Quais sejam:

Estatística Descritiva: Conjunto de técnicas utilizadas para descrever e sumariar um conjunto de dados desde a elaboração da pesquisa até o cálculo de determinada medida;

Mediana: Medida de tendência central de uma determinada distribuição de dados. Um valor pertencente ou não à amostra que a separa ao meio e que não é sensível às observações que são muito maiores ou muito menores do que as restantes (*outliers*);

Taxa de Realização: Percentual de efetivação das audiências de conciliação agendadas em audiências realizadas, = (audiências realizadas/audiências designadas)*100;

Taxa de Sucesso: Percentual de efetivação das audiências de conciliação agendadas em acordos, = (Número de acordos/audiências designadas)*100;

ENTRE ASPAS

Taxa de Efetividade: Percentual de efetivação das audiências de conciliação realizadas em acordos, = (número de acordos/audiências realizadas)*100;

Margem de Contribuição: Percentual de participação de um determinado valor de composição de uma variável na construção de um montante ponderado e resultante do somatório de todos os elementos que assumem esta mesma variável.

Estatística Descritiva das Semanas Nacionais de Conciliação na Bahia

O escopo do Plano Estratégico do Poder Judiciário do Estado da Bahia, em sua derradeira versão de 16 de dezembro de 2009, sob presumível influência das ações do programa “Movimento pela Conciliação” do Conselho Nacional de Justiça, que à época já transcorriam, contempla em sua composição 12 indicadores que, embora não sejam específicos deste, atende à criação de metas solicitada na Recomendação CNJ nº 8/2007, e estão intimamente relacionadas ao desempenho da Bahia nas Semanas Nacionais de Conciliação, conforme se vê abaixo:

Taxa de realização das audiências de conciliação	Mediana de Projeção	2010	2011	2012	2013	2014
Ind. 41 - Designadas no 1º Grau	62,0%	54,0%	58,0%	62,0%	66,0%	70,0%
Ind. 42 - Designadas no 2º Grau	67,2%	62,4%	64,8%	67,2%	69,6%	72,0%
Ind. 43 - Designadas nos Juizados Especiais	72,0%	64,0%	68,0%	72,0%	76,0%	80,0%
Ind. 44 - Designadas Pré-Processuais	56,0%	52,0%	54,0%	56,0%	58,0%	60,0%
Mediana das Taxas dos Indicadores	64,6%	58,2%	61,4%	64,6%	67,8%	71,0%
Taxa de sucesso das audiências de conciliação	Mediana de Projeção	2010	2011	2012	2013	2014
Ind. 45 - Designadas no 1º Grau	50,0%	44,0%	46,0%	50,0%	52,0%	56,0%
Ind. 46 - Designadas no 2º Grau	13,6%	11,2%	12,4%	13,6%	14,8%	16,0%
Ind. 47 - Designadas nos Juizados Especiais	54,2%	51,4%	52,8%	54,2%	55,6%	57,0%
Ind. 48 - Designadas Pré-Processuais	23,6%	21,2%	22,4%	23,6%	24,8%	26,0%
Mediana das Taxas dos Indicadores	36,8%	32,6%	34,2%	36,8%	38,4%	41,0%
Taxa de efetividade das audiências de conciliação	Mediana de Projeção	2010	2011	2012	2013	2014
Ind. 49 - Realizadas no 1º Grau	68,0%	56,0%	62,0%	68,0%	74,0%	80,0%
Ind. 50 - Realizadas no 2º Grau	26,0%	22,0%	24,0%	26,0%	28,0%	30,0%
Ind. 51 - Realizadas nos Juizados Especiais	72,0%	64,0%	68,0%	72,0%	76,0%	80,0%
Ind. 52 - Realizadas Pré-Processuais	54,8%	51,6%	53,2%	54,8%	56,4%	58,0%
Mediana das Taxas dos Indicadores	61,4%	53,8%	57,6%	61,4%	65,2%	69,0%

Tabela 03 – Indicadores do Planejamento Estratégico do TJBA (NEGE, 2009)

Numa rápida leitura das metas percentuais desses indicadores, fica clara a intenção do TJBA de chegar ao final do ano de 2014 com o nível de sua taxa mediana de efetividade na ordem dos 70%, levando a Corte a possuir os mesmos patamares de conciliação dos países mais desenvolvidos nesta matéria.

A práxis cotidiana revela e, em recente trabalho de pesquisa, datado de 15/12/2010, divulgado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE e realizado a pedido do CNJ, pode-se constatar que, no Brasil, atualmente, a taxa de efetividade da conciliação tem oscilado entre 20% a 30%. A realidade da Bahia, entretanto, ao menos em se tratando dos resultados produzidos nas Semanas Nacionais de Conciliação, conforme será adiante observado, mostra-se num patamar mais aceitável, oscilando entre 50% e 60%.

A REVISTA DA UNICORP

Ano	Audiências Designadas	Audiências Realizadas	Acordos	% Realização	% Sucesso	% Efetividade	Ranking
2006	4.333	2.825	968	65,2%	22,3%	34,3%	13º
2007	12.840	6.951	4.458	54,1%	34,7%	64,1%	3º
2008	31.144	17.743	10.786	57,0%	34,6%	60,8%	2º
2009 - 1	19.920	11.157	5.585	56,0%	28,0%	50,1%	1º
2009 - 2	32.620	18.409	9.660	56,4%	29,6%	52,5%	2º
2010	62.364	38.462	22.981	61,7%	36,8%	59,7%	1º
Total	163.221	95.547	54.438	58,5%	33,4%	57,0%	-----

Confrontos	% Realização	% Sucesso	% Efetividade
Real	58,5%	33,4%	57,0%
Meta 2010	58,2%	32,6%	53,8%
Alcance Meta	100,6%	102,3%	105,9%
Projeção 2012	64,6%	36,8%	61,4%
Alcance Projeção	90,6%	90,6%	92,8%

Tabela 04 – Confronto de Resultados das SNC X Metas TJBA (Do Autor)

Os números acima descritos demonstram importantes fatos, a começar pelo alcance de mesmo patamar da mediana das metas definidas no planejamento estratégico do TJBA para o ano de 2010, isto com uma pequena margem de folga; seguindo com a observação nota-se a proximidade dos resultados das SNCs com os valores medianos projetados para o ano de 2012, e não menos importante destacar que a taxa mediana relativa à efetividade já atinge a marca dos 57%. A seguir, tem-se graficamente a síntese do desempenho do Poder Judiciário do Estado da Bahia nas SNCs.

Desempenho do Poder Judiciário do Estado da Bahia nas Semanas Nacionais de Conciliação em relação ao âmbito da Justiça Estadual Brasileira

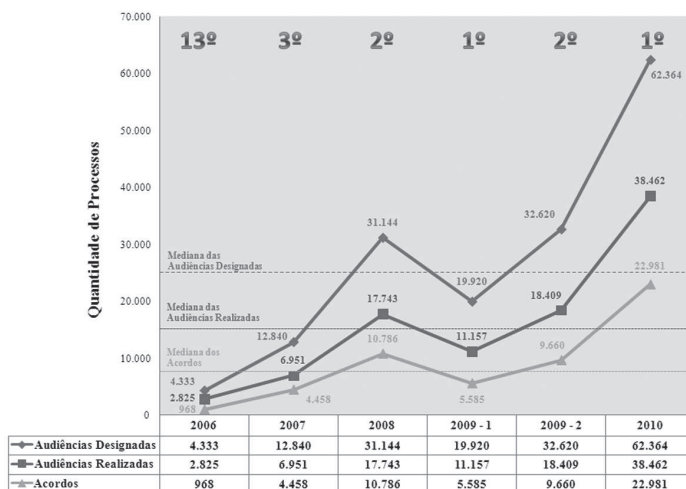


Gráfico 01 – Desempenho da Bahia nas SNCs (Do Autor)

Depreende-se da análise do gráfico acima que a Justiça na Bahia avança firmemente com a conciliação, alavancando sua produtividade a cada edição da SNC, ainda que limitada esta ótica à esfera da justiça estadual, vem ocupando sempre as primeiras colocações do ranking nacional e em apenas 4 anos incrementou o número absoluto de acordos na ordem de 500%, atingindo-se, ao final de todas as edições ocorridas, a cifra expressiva de 54.438 acordos, que imperiosamente propiciam, pelo fim do custo de oportunidade da sua existência, outros 54.438 processos voltarem a tramitar.

Qual será, então, o subsídio que o Judiciário baiano promove ao fortalecimento do

ENTRE ASPAS

Movimento pela Conciliação no cenário nacional? Ao melhor exame desta questão será necessária a concepção de ponderação numérica da forma que se segue:

ITEM	COMPARAÇÃO PONDERADA - PONTO DE DIFERENCIAÇÃO EM 10%											
	ESTOQUES IGUAIS		AGENDADOS IGUAIS		EXITOSOS IGUAIS		TODOS DIFERENTES		MCT = 100%		VAR = 50%	
	Unidade A	Unidade B	Unidade A	Unidade B	Unidade A	Unidade B	Unidade A	Unidade B	Unidade A	Unidade B	Unidade A	Unidade B
Estoque Total	3.000	3.000	3.000	3.000	3.000	3.300	3.000	3.300	3.000	3.300	3.000	3.300
Audiências Realizadas	100	110	100	100	100	110	100	110	3.000	3.300	1.500	1.650
Processos Exitosos	80	88	80	88	80	80	80	88	3.000	3.300	750	825
MC1	21,3%	23,5%	21,3%	21,3%	21,3%	19,4%	21,3%	21,3%	800,0%	800,0%	200,0%	200,0%
MC2	6,7%	7,3%	6,7%	6,1%	6,7%	6,7%	6,7%	6,7%	200,0%	200,0%	100,0%	100,0%
MCT	2,8%	3,1%	2,8%	2,7%	2,8%	2,6%	2,8%	2,8%	100,0%	100,0%	30,0%	30,0%

Tabela 05 – Memorial de cálculo da Margem de Contribuição. (Do Autor)

Esta formulação utiliza uma analogia baseada no princípio do economista Italiano Vilfredo Pareto⁶, onde são atribuídos peso 8 para a eficácia (onde a conciliação é levada a termo) e peso 2 para a eficiência de todo o processo necessário à conciliação (seleção de processos, intimações, audiências etc.), tendo-se como estoque de estudo o total de audiências realizadas no Brasil. Sendo este o resultado:

Ano	Audiências Realizadas no Brasil	Audiências Realizadas na Bahia	Acordos na Bahia	MC1	MC2	MCT
2006	58.947	2.825	968	0,92%	0,7%	0,2%
2007	137.426	6.951	4.458	4,3%	1,7%	0,6%
2008	178.830	17.743	10.786	10,3%	4,2%	1,5%
2009 - 1	45.127	11.157	5.585	5,3%	2,7%	0,8%
2009 - 2	165.159	18.409	9.660	9,2%	4,4%	1,4%
2010	252.405	38.462	22.981	21,9%	9,2%	3,1%
Total	837.894	95.547	54.438	52,0%	22,8%	7,5%

Tabela 06 – Cálculo da Margem de Contribuição da Bahia. (Do Autor)

A correta interpretação para a demonstração anterior é que o Poder Judiciário baiano, ao final de todas as edições da SNC, baseado na ponderação realizada, contribuiu efetivamente com 7,5% (7,6% se considerada a aproximação de 1 casa decimal) do resultado alcançado no Brasil, isto no âmbito exclusivo da Justiça Estadual. A seguir, o gráfico dos valores calculados da MCT.

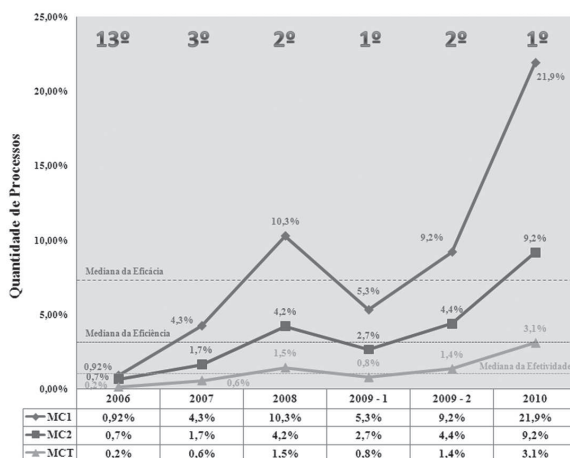


Gráfico 02 – MCT da Bahia nas SNCs (Do Autor)

Originário das fundamentações dos seus críticos mais céticos, um estudo oportuno a se fazer trata da possibilidade de economicidade ou não do movimento pela conciliação, isto porque, como a tentativa de realizar o acordo já é uma fase normal do rito processual contemplada no Código do Processo Civil, existem argumentações no sentido de defender a tese sobre quando um processo é selecionado para uma nova tentativa de êxito conciliatório, investe-se tempo e recursos incrementais ao custo financeiro e de oportunidade daquela unidade específica.

Entretanto, é possível, empregando dados do próprio Poder Judiciário baiano e utilizando suas medianas de produtividade desenvolvidas nas SNCs e as projeções oriundas destas, bem como o valor total de custeio para calcular se existe ou não economicidade na aplicação desta política pública.

Observação importante a se ponderar diz respeito aos dados de valores de despesas totais anuais são oficiais e foram extraídos do anuário estatístico “Justiça em Números” compilado pelo CNJ. Ressalva-se, ainda, que para efeito de nivelamento dos valores existentes, não originando discrepâncias em sua distribuição, fizeram-se necessários ajustes aos valores dos anos de 2006 e 2010, assim sendo:

2006: Como primeira experiência fora realizada em apenas 1 dia, multiplicou-se por 5 para simular o resultado de uma semana de trabalho, considerando para isso como constante a produtividade daquele dia;

2010: Realizada em duas semanas devido ao agendamento de dois importantes eventos na mesma época, retirando a possibilidade de participação de amplo número de Magistrados e Promotores, o que impactaria sobremaneira na adesão, consecução e produtividade de várias unidades judiciais, ainda assim, para se obter um cálculo mais preciso, dividiu-se por 2 o resultado final, considerando constante a produtividade de cada semana.

Produtividade SNC Mediana	2006 (*)	2007	2008	2009-1	2009-2	2010 (2)
7.623	4.840	4.458	10.786	5.585	9.660	11.491
Projeção Produtividade	Produtividade SNC Mediana	Quantidade Semanas/Ano*				
304.900	7.623	40	* Admitindo-se 40 semanas/ano para o cálculo			
Acervo Mediana	2006	2007	2008	2009		
2.167.786	2.014.138	2.374.968	2.321.434	1.582.067		
Despesas Totais Mediana	2006	2007	2008	2009		
R\$ 1.026.801.940,85	R\$ 824.812.363,70	R\$ 870.706.557,70	R\$ 1.559.054.022,28	R\$ 1.182.897.324,00		
Acervo de Projeção						
1.862.886						
Relação (Med) Acervo / Despesas Totais	2006	2007	2008	2009		
0,21%	0,24%	0,27%	0,15%	0,13%		
Despesas Totais de Projeção						
R\$ 882.381.822,00						
ECONOMIA	Despesas Totais de Projeção	Despesas Totais Mediana				
14,1%	R\$ 882.381.822,00	R\$ 1.026.801.940,85				

Tabela 07 – Projeção de economicidade da Bahia nas SNC's (Do Autor)

Se considerarmos, exclusivamente dentro do campo da probabilidade, a mediana de

ENTRE ASPAS

produtividade obtida nas Semanas de Conciliação como parâmetro referencial à produtividade do restante do período, poder-se-á chegar a uma economicidade projetada mediana de até 14,1% nas despesas totais do Poder Judiciário baiano. Infere-se também possível, composto em 100% o rito normal processual, se admitir, com a margem de manobra observada, sem que cause qualquer tipo de prejuízo ou aumento significativo das despesas, até 2 (duas) tentativas conciliatórias em cada processo judicial, uma vez que a cada nova tentativa infrutífera, reduz-se por proporcionalidade em 50% o nível de produtividade, outrossim, em mesmo patamar, a provável economicidade, logo, uma vez realizada a 3ª ou mais tentativas, a probabilidade de esta existir torna-se remota.

Como se trata de uma consideração probabilística e não determinística, ademais, sem avaliar as despesas advindas dos custos de oportunidade do acervo, prudencialmente há que se analisar caso a caso, processo a processo, utilizando tanto quanto possível critérios mais objetivos e diretos na seleção e agendamento de novas tentativas de conciliação, sob pena de esta vir a influenciar negativamente os custos operacionais.

A Investigação Apreciativa e as SNC na Bahia

Considerando como a forma mais concisa para analisar pontos convergentes em comum entre a Investigação Participativa e o processo de implementação da cultura da conciliação, em especial o ocorrido nas Semanas Nacionais da Conciliação, realiza-se a seguir o confronto dos elementos-chave integrantes da metodologia com as informações oriundas do *mail-listing* da “COPPEMC”, de seu “Fale Conosco”, de sua Comunidade de Prática, ou ainda de outros canais de comunicação disponibilizados. Dessa forma, ao parear os 4 Ds teremos:

Descoberta: O Poder Judiciário baiano percebeu que tem muito potencial, não somente pelos expressivos resultados expostos das SNC's, como também pela crescente demanda e ampliação, desde 2003, das unidades dos Juizados Especiais, dos Balcões de Justiça e Cidadania, dos Núcleos de Conciliação de Família e do 2º Grau;

Sonho: É perfeitamente possível com o nosso potencial economizar tempo e recursos materiais e humanos e ainda promover uma Justiça mais efetiva, célere e integrada à sociedade por meio da alternativa da conciliação;

Desenvolvimento: Aperfeiçoar ainda mais os procedimentos realizados nas Semanas de Conciliação, com uso inclusive da gestão participativa, e desenvolver as melhores práticas durante todo o transcorrer do ano;

Destino: A Semana Nacional da Conciliação é uma grande festa cívica do Judiciário Nacional onde é realizado um pequeno número de audiências apenas a título de memorar a história da consolidação da cultura da negociação no Brasil;

No campo das pressuposições apresentadas pela metodologia, verifica-se:

Confiança: A cada ano, o número de processos agendados aumenta e isto, em primeira

forma, pode denotar a confiança de quem trabalha com a conciliação em sua capacidade operacional e, no que diz respeito à adesão da sociedade ao movimento, o acréscimo da credibilidade institucional;

Linguagem: O fato de se possuir uma comunidade de prática possibilita a leveza e celeridade na comunicação existente entre os atores das Semanas de Conciliação, além de discutirem de forma assíncrona, cada um na possibilidade de seu tempo, desde os assuntos mais comuns até situações mais complexas, o que amplia as chances de se alcançar o consenso;

Talentos: As Semanas Nacionais de Conciliação revelam inúmeras situações onde a criatividade suplanta as grandes dificuldades comuns ao cotidiano, a exemplo de depoimentos dos atores, revelando situações tipo: audiências sendo realizadas em ginásios de esporte, processos com dezenas de anos sendo conciliados, utilização de estudantes de áreas que não o Direito (Psicologia, Administração, etc.) realizando audiências de conciliação; agentes de saúde e brigadistas de incêndio entregando convites e intimações na zona rural; oficiais de justiça sendo eleitos e assumindo a coordenação dos trabalhos de conciliação em sua unidade, e, por fim, embora não menos importante, o fato de Comarcas desfalçadas temporariamente de magistrados realizarem suas audiências para posterior homologação dos acordos, similar ao que ocorre nas audiências pré-processuais;

Foco: Mesmo em face do sucesso alcançado pela SNC sempre é observado aos atores que não se pode perder de vista o que existe de mais importante no Movimento pela Conciliação. Na realidade, ações como a SNC podem e devem ocorrer de forma rotineira o ano inteiro, e nem somente nas unidades especializadas em conciliação (Núcleos de Conciliação), para que não se perca o foco em disponibilizar à população o acesso à Justiça. Dessa forma, o principal é continuar alinhando os anseios da população aos objetivos do Movimento pela Conciliação;

Engajamento: Durante a execução da logística da SNC, percebe-se claramente a disposição dos atores no sentido de efetivamente estarem participando, seja nas inscrições de processos realizados pelas próprias partes, seja pela melhoria no nível da taxa de efetividade a cada ano. Um bom exemplo de adesão vem das varas criminais do interior do Estado que, ao invés de simplesmente continuar a habitar possíveis zonas de confortos e considerar como inapto à conciliação todo o seu acervo, estudam a viabilidade de processo por processo, no intuito de selecionar os melhores, esses são verdadeiramente minerados para serem incluídos em pauta;

Sobre os Princípios Metodológicos, pode-se afirmar:

Antecipar: A Semana Nacional de Conciliação é emblemática e importante ao Judiciário, não somente por ser uma oportunidade de realizar audiências conciliatórias, como também por possibilitar a movimentação de inúmeros processos e permitir a antecipação de muitas audiências;

Construir: A gestão das ações relativas à SNC possui caráter eminentemente participativo, numa construção conjunta onde as deficiências observadas no ano anterior são discutidas, não somente pela COPPEMC, como também por sua comunidade de prática, onde se procura caminhos alternativos ao fato;

ENTRE ASPAS

Questionar: Todas as solicitações encaminhadas à COPPEMC são analisadas e respondidas pela mesma via de origem, sendo compartilhadas quando possuem um caráter geral e, se assim couber, aproveitada para elaboração do plano de ação do ano subsequente;

Utópico: O estereótipo de desídia generalizado e vinculado ao Servidor Público muitas vezes são óbices suficientes ao insucesso de iniciativas do Poder Judiciário que se fundamentem na participação efetiva destes. Um preconceito que ganha a perversa denotação de inépcia profissional, um tanto pior pelo comprometimento que é observado ocorrendo nas SNC's. Instados a promover o maior número de audiências possíveis, sem interromper sua rotina normal de trabalho, ano a ano quebra-se recordes consecutivos de audiências designadas, o que se comprova nas estatísticas da COPPEMC.

Resultados Atingidos

O desenvolvimento ocorrido nestas 5 edições da SNC onde a COPPEMC, com a colaboração de todos os atores participantes: Magistrados, Servidores, Estudantes Voluntários, Prefeituras, Ministério Público, Defensoria Pública, Órgãos de Imprensa, Grandes Demandantes e Demandados, Reguladoras, Ordem dos Advogados, originou um ambiente propício ao trabalho cooperativo e democrático, onde os aludidos atores encontram a possibilidade de contribuir dentro de suas realidades e no domínio de sua atuação; existem canais de comunicação abertos para que quaisquer um destes podem expor suas idéias, descontentamentos e/ou outras informações.

A Semana Nacional da Conciliação tornou-se um evento aguardado do calendário da justiça, neste período depositam-se muitas aspirações, quer seja pelos jurisdicionados onde, de um universo de 5.304 inscritos para participar em 2010, quase 80% a consideraram como uma alternativa válida, quer seja pelos Magistrados e Servidores ao poderem experimentar novas e melhores formas de aumentar a produtividade de sua unidade por meio de ações menos engessadas pela burocracia institucional e ainda verem validados e recompensados os esforços numa cerimônia de premiação dos destaques anuais, num evento que se encontra em sua terceira edição.

Conclusão

Depreende-se do quanto analisado que existe a possibilidade de se afirmar que alguns elementos da Investigação Apreciativa inspiraram, embora de forma não planejada, os agentes participantes da mobilização coletiva observada na realização das Semanas Nacionais de Conciliação na esfera da Justiça Estadual da Bahia, isto porque, a composição da metodologia retrata certo alinhamento ao perfil sócio-cultural do Estado, incluindo-se aí não somente as partes interessadas na resolução da lide processual, como também, os Magistrados, Servidores e demais Operadores do Direito, além das ações integradoras que potencializaram sobremaneira a cultura da conciliação.

Referências

FERRAZ, Taís Schilling. *A conciliação e sua efetividade na solução dos conflitos*. Disponível em: < http://portal.tjpr.jus.br/c/document_library/get_file?folderId=328895&name=DLFE-25504.doc >. Acessado em: 27 de dezembro de 2010.

GLOBE, United. *Coaching nas Escolas*. Disponível em: < <http://www.united-globe.com/coachingnasescolas/investigacao.htm> >. Acessado em: 27 de dezembro de 2010.

FRY, Ronald PhD. *Investigação Apreciativa Uma abordagem positiva para a construção da capacidade cooperativa*. Disponível em: < http://www.formainformatica.com.br/index.php?option=com_content&task=view&id=210&Itemid=234 >. Acessado em: 27 de dezembro de 2010.

SADEK, Maria Tereza. *Judiciário: mudanças e reformas*. Disponível em: < <http://www.scielo.br/pdf/ea/v18n51/a05v1851.pdf> >. Acessado em: 27 de dezembro de 2010.

CNJ, Comissão de Juizados Especiais do. *Projeto Movimento pela Conciliação – Manual de Implementação*. Disponível em: < http://www.tj.sc.gov.br/institucional/especial/coordjuzesp/projeto_nacional/ManualImplem20060914.pdf >. Acessado em: 27 de dezembro de 2010.

NEGE, Núcleo de Estatística e Gestão Estratégica. *A Estratégia do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia – Relativa ao quinquênio 2010-2014*. Salvador: Gráfica do TJBA, 2009.

Notas

¹ Professor Dr. PhD. em Comportamento Organizacional pela Weatherhead School of Management da Case Western Reserve University, Autor de 15 livros e mais de 50 artigos. Co-autor da metodologia de Investigação Apreciativa. Fonte: Weatherhead School of Management da Case Western Reserve University. Disponível em: <<http://Weatherhead.case.edu/faculty/>> acessado em: 27 de dezembro de 2010.

² Professor Dr. PhD. em Comportamento Organizacional pela Weatherhead School of Management da Case Western Reserve University, Autor de Diveros livros. Fundador do The Taos Institute. Co-autor da metodologia de Investigação Apreciativa. Fonte: The Taos Institute. Disponível em: <<http://taosinstitute.net/>> acessado em: 27 de dezembro de 2010.

³ Professor Dr. PhD. em Comportamento Organizacional pela Sloan School of Management, Massachusetts Institute of Technology – MIT. Fonte: Weatherhead School of Management da Case Western Reserve University. Disponível em: <<http://Weatherhead.case.edu/faculty/>> acessado em: 27 de dezembro de 2010.

⁴ Stakeholders. Numa tradução livre significa parte interessada ou interveniente. Do autor.

⁵ Escritor Francês, ilustrador e Piloto da Aviação de Guerra. Autor de 7 obras dentre as quais se destaca “O pequeno Príncipe”. Fonte: Wikipédia, Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Antonie_de_Saint-Exupery /> acessado em: 27 de dezembro de 2010.

⁶ Político, Sociólogo e Economista Italiano que afirmava que para muitos fenômenos 80% das consequências advêm de 20% das causas. Fonte: Wikipédia, Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Vilfredo_Pareto> acessado em: 27 de dezembro de 2010.

LIDERANÇA EM TEMPOS DE GOVERNANÇA

Caio Marini

Especialista em engenharia industrial pela PUC/RJ e graduado em administração pública pela EBAPE/FGV. É consultor junto a organismos internacionais (BID, Banco Mundial e Nações Unidas) em projetos de cooperação técnica internacional nas áreas de Reforma do Estado e modernização da gestão pública. Tem apoiado o governo federal (Casa Civil, Ministério do Planejamento, EMBRAPA), governos estaduais (MG, ES, SP, MT, RJ, dentre outros) e governos municipais (Curitiba, São Paulo, Rio Branco) em projetos de melhoria da gestão pública. É diretor e associado honorário do Instituto Publix e professor da Fundação Dom Cabral. Foi Diretor da Secretaria de Reforma do Estado do Ministério da Administração e Diretor de Negócios do SERPRO do Ministério da Fazenda. Tem diversas publicações no país e no exterior sobre gestão estratégica, transformação do Estado e gestão de pessoas. E-mail: caiomarini@institutopublix.com.br.

1. Breves Comentários sobre o Sentido dos Termos Usados no Título e sobre o Argumento do Alinhamento

O debate contemporâneo sobre gestão pública inclui necessariamente reflexões sobre os significados (e as mudanças dos significados) de liderança, tempos e governança. Embora seja necessário precisar em que circunstâncias serão utilizados estes três termos, é fundamental destacar que o entendimento fragmentado dos mesmos compromete o argumento principal (ver figura 1) que pressupõe, para os propósitos deste ensaio, uma compreensão integrada da expressão usada no título.

Primeiramente, o termo **tempos**, é aqui usado para se referir ao ambiente de atuação das organizações que evolui de um contexto relativamente simples e estável (típico da sociedade industrial) para um novo tempo (da sociedade do conhecimento) que tem como marcas distintivas a complexidade e a permanente transformação. Provavelmente a única certeza sobre o futuro é a de que ele é incerto o que vem colocando em xeque o velho paradigma de que o futuro era visto como uma simples extensão do passado, ou: “o passado explica o futuro”. São alguns emblemas destes novos tempos:

– A democracia como valor, cada vez mais se consolida, a partir da afirmação da cidadania, da ampliação do espaço da participação popular, do desenvolvimento da sociedade civil e da defesa intransigente dos direitos humanos, ainda que num contexto desigual, caracterizado por práticas nem sempre coerentes com esses princípios,

- A tão propalada globalização, para muitos um processo histórico complexo e contraditório, que se refere à crescente integração da sociedade mundial, e ao funcionamento de atividades vitais em tempo real, que aboliu fronteiras econômicas, internacionalizou o capital, unificou mercados, hábitos e comportamentos, permitiu a redistribuição geográfica dos processos produtivos e aumentou a competição entre países,

- A revolução tecnológica, principalmente nas áreas de comunicação e informação, que vem eliminando as barreiras à comunicação a partir da disponibilidade em tempo real da informação para toda a sociedade permitindo, desta forma, importantes inovações nas mais diversas áreas da existência humana e gerando preocupações crescentes sobre novas formas de exclusão social,

- A emergência de uma nova geração de reformas do Estado (século XXI) que se orienta para a promoção do desenvolvimento econômico social sustentável com responsabilidade fiscal em substituição às reformas de primeira geração (anos 80 e 90) que tinham uma orientação meramente fiscal.

Em segundo lugar, é necessário precisar o sentido da utilização do termo **governança**, que significa fortalecer estado, mercado e terceiro setor para a geração concertada de resultados de desenvolvimento. O conceito de governança inicialmente estava circunscrito aos espaços governamentais, era utilizado como capacidade de governo. Com o tempo o conceito se ampliou e assumiu um significado além das fronteiras governamentais: “é o processo social de definição do sentido de direção e da capacidade de direção de uma sociedade” (AGUILAR, 2007).

Fica patente, que – na vigência das reformas de segunda geração que colocam o desenvolvimento no centro do debate – foi necessário provocar uma ruptura na concepção tradicional de gestão pública e, como consequência, no significado de governança. A melhor tradução do paradigma da governança em países cujos estados ainda não lograram o grau de bem estar e consolidação institucional das democracias avançadas é o fortalecimento das capacidades em rede envolvendo estado, mercado e terceiro setor para melhorar o bem estar. No contexto tradicional, o protagonismo estava no Estado, considerado como a força motriz do desenvolvimento. O novo contexto, diferentemente do anterior, pressupõe um protagonismo compartilhado, que dá ao Estado o importante papel de direcionador e articulador, mas atuando em conjunto com os demais segmentos da sociedade organizada. Isoladamente, as forças direcionadas para a mudança perdem vitalidade e objetividade. Portanto, é necessário consolidar alianças que assegurem sinergia, a partir da ampliação da consciência de cidadania e da proposição de soluções criativas e inovadoras que garantam legitimidade e viabilidade às transformações exigidas pela sociedade.

Trata-se de introduzir um novo paradigma: do governo que governa a sociedade PARA um governo que governa com a sociedade. Na prática implica em:

- Um processo de construção coletiva da agenda estratégica, para assegurar maior legitimidade, fazer com que a agenda transcenda o espaço temporal de um governo e seja uma agenda de desenvolvimento DA sociedade,

- Operar um novo modelo de implementação baseado em parcerias, mesclando

ENTRE ASPAS

provimento direto (realizado pelo Estado) e provimento indireto (externalização de serviços para o mercado e terceiro setor com regulação estatal) para aumentar a cobertura da prestação dos serviços aos cidadãos, e

– Fortalecer canais democráticos de prestação de contas e monitoramento estratégico da agenda assegurando, desta forma, o efetivo controle social (MARINI, 2008).

Em terceiro lugar, é necessário refletir sobre o sentido dado ao termo **liderança**. Talvez a tarefa mais árdua desde capítulo introdutório, dada a abrangência e fragmentação dos enfoques sobre o tema nomeadamente na literatura especializada, que aborda o assunto sobre diversas perspectivas, que vão desde teorias e princípios de liderança até biografias de grandes líderes empresariais. A propósito, Bass (1990) comenta que o número de definições sobre liderança é igual ao número de pessoas que tentaram defini-la. A seguir algumas definições:

Liderança é sobre a articulação da visão, incorporação de valores e a criação de um *ambiente dentro do qual as coisas podem ser concretizadas*. (RICHARDS & ENGLE, 1986)

Liderança é o processo de dar propósito (direção significativa) ao esforço coletivo e provocar o *desejo de despendar este esforço para se atingir o objetivo*. (JACOBS & JAQUES, 1990)

Liderança é influência pessoal, exercida em uma situação e dirigida através do processo de comunicação, no sentido do atingimento de um objetivo específico ou objetivos. (TANNENBAUM, WESCHELER & MASSARIK, 1972)

Processo de persuasão ou exemplo através do qual um indivíduo (ou equipe de liderança) induz um grupo a lutar por objetivos mantidos pelo líder ou compartilhados pelo líder e seus seguidores. (GARDNER, 1990)

Entretanto, para efeitos da argumentação a ser apresentada a seguir, a obra de Wheatley (1992) em “Liderança e a nova ciência”, merece destaque pela abordagem sistêmica adotada. A autora, a partir de contribuições da nova ciência (em especial a obra de Fritjof Capra), destaca a necessidade de busca de simplicidade para a liderança organizacional e da criação de uma nova gerência científica:

“Estamos todos em busca dessa simplicidade. Em muitas disciplinas diferentes, convivemos hoje com dúvidas para as quais os nossos conhecimentos especializados não proporcionam respostas” ... A partir do relato feito por dois cientistas, de uma história de um experimento atômico, em que a natureza respondia com paradoxos, a autora manifesta uma “espécie de autoridade paralisante. Cada um de nós reconhece os sentimentos que essa história descreve, de estar habituado a soluções que antes davam certo, mas que agora se mostram totalmente insatisfatórias, de ver tapete após tapete sendo puxado sob os pés, seja

por uma fusão corporativa, por reorganizações, pela redução de porte da empresa ou por uma desorientação pessoal. Mas a história em pauta também nos infunde grande esperança na qualidade da parábola que nos ensina a receber bem o nosso desespero, tomando-o como um passo na estrada da sabedoria, encorajando-nos a seguir trilhas desconhecidas e a ficar receptivos a idéias radicalmente novas”... “cada um de nós vive e trabalha em organizações projetadas a partir de imagens newtonianas do universo. Conduzimos as coisas separando-as em partes, acreditando que a influência ocorre como resultado direto da força exercida por uma pessoa sobre outra, envolvendo-nos em complexas atividades de planejamento voltadas para um mundo que continuamos a esperar que seja previsível, e buscamos continuamente melhores métodos de perceber o mundo de maneira objetiva”... “A liderança, fenômeno amorfo que tem nos intrigado desde que as organizações começaram a ser estudadas, está sendo examinada agora em termos dos seus aspectos relacionais. Um número cada vez maior de estudos se concentra nas questões da ação de seguir inteligentemente os líderes (followership), da delegação de poderes e da acessibilidade do líder. E as questões da ética e da moral já não constituem turvos conceitos religiosos, mas elementos essenciais em nossas relações com os membros da empresa, com os fornecedores e com as pessoas que têm interesses na empresa. Se a física do nosso universo nos revela a primazia das relações, causa algum espanto que estejamos *começando a reconfigurar as nossas idéias acerca da administração em termos relacionais?*”

Por fim, a descrição dos sentidos dos termos utilizados, enseja um comentário complementar a cerca da necessidade de alinhamento entre os mesmos (ver figura 1). Na vigência do contexto tradicional (simples e estável), onde o Estado assumia o papel de protagonista na cena do desenvolvimento, o pressuposto para a gestão, que tinha como fundamento a burocracia mecanicista, era (tão somente) o do fortalecimento das capacidades da administração pública. E a liderança baseava-se nos princípios do comando e controle, a partir da clara delimitação entre papéis entre chefes e subordinados (manda quem pode obedece quem tem juízo!) e as pessoas, vistas como mão-de-obra, eram rigorosamente controladas: os quatro elementos alinhados segundo as características desses tempos.

Com a emergência do novo contexto, muda o Estado, que assume um papel de co-produtor do desenvolvimento, compartilhando o protagonismo com os demais segmentos da sociedade e muda a gestão, a partir da necessidade de fortalecer as capacidades, não só da administração pública, mas de toda a rede de atores envolvidos no processo.

Surgem os novos tempos, os tempos de governança, e como consequência, a necessidade de promover um novo alinhamento, incluindo, especialmente, a necessidade de repensar o papel da liderança, essencialmente relacional, na medida em que o alcance dos objetivos expressos nos projetos de desenvolvimento assume cada vez mais um caráter horizontal, extrapolando os limites das unidades governamentais e, até mesmo o limite dos governos exigindo esforços de articulação com outros governos, com o setor privado, o terceiro setor e outros. A velha liderança baseada no comando e controle não é mais suficiente.

O desafio a ser enfrentado pelo líder contemporâneo passa a ser de duas naturezas:

mobilizar suas equipes e articular com outras equipes (e lideranças) para o alcance de objetivos. No primeiro caso – empreende com sua equipe, abandonando o papel tradicional de controlar as mãos, para o papel de comprometer as mentes. No segundo, precisa desenvolver a capacidade de convencimento (persuasão), dado que não tem hierarquia além das fronteiras institucionais. Trata-se de líderes que constroem relacionamentos.

2. Novos Tempos (de Governança) Reclamam a Reinvenção da Liderança: da Liderança Hierárquica para a Liderança Relacional

O novo contexto, conforme descrição anterior vem demandando importantes iniciativas de reforma e modernização da administração pública nas duas últimas décadas. E, quase sempre, as agendas dessas reformas incluem revisão dos modelos institucionais, novos ordenamentos jurídicos, transparência e controle social, inovações gerenciais (contratos de gestão, gestão por projetos, orçamento por resultados, informatização, dentre outros instrumentos) e, em alguns casos, reestruturação dos sistemas de recursos humanos (serviço civil), com iniciativas de revisão das carreiras, remuneração, capacitação. Entretanto, pouca atenção tem sido dada à necessidade de fortalecer (ou até mesmo de construir) e institucionalizar sistemas de alta direção pública. Para isto torna-se fundamental refletir sobre atributos do perfil de competências do novo líder e sobre a necessidade de repensar as formas de seleção, desenvolvimento e retenção, mecanismos de responsabilização e de incentivo para o exercício dessa nova liderança.

Essa nova liderança é essencialmente relacional. Wheatley (1992) comenta a respeito, destacando que *“as habilidades de liderança também adquiriram uma inclinação relacional*. Os líderes estão sendo encorajados a incluir grupos de interesse, a evocar a subordinação inteligente à liderança, a delegar poderes. Antes, quando o nosso foco eram as tarefas, e as pessoas eram uma incômoda inconveniência, pensávamos a respeito da liderança situacional – a maneira como uma situação poderia afetar a nossa escolha de estilos. Surgiu recentemente uma nova compreensão da liderança. A liderança sempre depende do contexto, mas este é estabelecido pelos relacionamentos que valorizamos. Não podemos ter a esperança de influenciar alguma situação sem levar em conta a complexa rede de pessoas *que contribuem para as nossas organizações...*”.

Embora a autora não faça uma referência explícita ao exercício da liderança no contexto do setor público, é notável a relevância dessa capacidade relacional no enfrentamento dos desafios no campo da política pública, onde a tendência dominante é a da permanência (e até o agravamento) da brecha (*gap*) entre demanda social (de atendimento às necessidades da população) e capacidade do Estado (expressa no orçamento público) em atender a estas demandas.

Para complicar, ao redor dessa brecha atua um conjunto de atores, cada um representando grupos de interesse específicos, buscando capturar (muitas vezes de forma legítima) o processo de priorização. Significa dizer, que a qualidade da política pública, tanto em termos de sua formulação, como de sua implementação, vai depender, em grande medida, da capacidade da administração pública (na figura de suas lideranças) de compreender esse jogo político na escolha (muitas vezes dramática) a fazer. Com isso, o processo decisório precisa transcender a velha discussão típica das estruturas comando-controle: deve ser de cima pra baixo (o chefe decide) ou de baixo pra cima (a base decide). Na verdade, os novos tempos (de governança) pressupõem processos decisórios de fora pra dentro (a sociedade decide) de forma a assegurar maior legitimidade às decisões. E na implementação, em decorrência da impossibilidade de atender à totalidade das demandas, faz-se necessário introduzir mecanismos de parceria com

segmentos da sociedade para aumentar a cobertura na prestação dos serviços. Em ambos os casos, a qualidade (da formulação e da implementação) vai depender da capacidade de articulação (relacional) dos líderes.

A concepção de liderança relacional está em linha com os argumentos de Moore (2003) sobre gerenciamento político, quando destaca que para conseguir legitimidade e mobilizar os que estão fora da sua cadeia de comando, os gerentes públicos precisam engajar nos seus objetivos o contexto político: *“a maneira como os gerentes comprometem os seus entornos políticos afeta a qualidade de um governo democrático no qual somos nós, os cidadãos, que vivemos. Isso influencia a nossa confiança de que esses gerentes estão buscando objetivos públicos genuínos em vez de interesses particulares ou a sua própria visão de valor público.”*

No sentido de aprofundar a questão do como fazer o gerenciamento político, Moore (2003) propõe cinco técnicas, *“conjuntos de idéias que operam em um nível de abstração mais elevado do que um conselho sobre o que se deve dizer ou vestir quando se está tentando influenciar outros”*:

Advocacia empreendedora: o que um gerente público precisa fazer para maximizar a possibilidade de a sua política preferencial ser adotada de forma imperativa e solidamente sustentada. A premissa implícita é que o gerenciamento político precisa agregar uma coligação suficientemente poderosa para garantir que as políticas preferenciais dos gerentes sejam endossadas pelo poder governamental.

Gerenciamento do desenvolvimento da política: uma característica central distingue essa abordagem da anterior. Os gerentes operando como advogados querem a adoção de uma determinada política. Agindo como “gerentes da política”, os funcionários estão comprometidos em produzir uma decisão de alta qualidade – e não alguma decisão em particular; eles buscam, no processo que assumiram, uma decisão com um alto nível de legitimidade, poder e precisão. São usadas em dois contextos: no primeiro os gerentes envolvem pessoas de fora das suas organizações. Num segundo contexto, o gerenciamento da política se concentra no projeto, desenvolvimento e operação de um processo decisório contínuo para lidar efetivamente com um conjunto completo de decisões a serem tomadas no âmbito da responsabilidade e autoridade do gerente.

Negociação: os gerentes desejam que uma determinada política seja adotada, mas dado o sistema de divisão de poderes, não podem atingir essa meta, a menos que possam persuadir outros a participar junto com eles.

Deliberação pública, aprendizado social e liderança: essa técnica vai além do enfoque dos detentores de posição de autoridade. Presume que os interesses e pontos de vista dos indivíduos sobre o valor público podem se alterar na interação social. Essa abordagem permite que o público como um todo atue sobre os problemas diretamente, sem a mediação do governo, e que os gerentes políticos se preocupem tanto com o cumprimento desse objetivo quanto com a organização dos processos decisórios do governo. Marketing do setor público ou comunicação estratégica: comunicação criada não para manipular, mas para promover políticas particulares ou estratégias operacionais, tornando-as compreensíveis e arregimentando o apoio e a cooperação dos que precisam trabalhar em conjunto para produzir o resultado pretendido.

3. A Indumentária do Líder em Tempos de Governança: Perfil, Desafios e Instrumentos Gerenciais

“É tolice uma sociedade apegar-se a velhas idéias em novos tempos como é tolice um homem tentar vestir suas roupas de criança” - Thomas Jefferson Dror (1997) argumenta que

novas condições (de contexto) requerem novas formas de governança e dentre as mudanças (radicais) propõe um novo tipo de administrador público, o tipo delta¹, voltado para o exercício das tarefas de alta relevância dos governos centrais. Tal administrador deverá atuar em uma administração pública que deve conter uma série de capacidades essenciais (sete funções principais):

1. Intervenção em processos históricos para reduzir a probabilidade do mal e aumentar a possibilidade do bem, visto que isso muda com o tempo,
2. Potencialização, no sentido de apoiar e impelir, dos processos sociais criativos e evolutivos (e não o “desenvolvimento auto-sustentável” com todas as suas conotações estáticas), ultrapassando o significado do jargão ‘facilitar’,
3. Ativa arquitetura da sociedade, guiando e também ajustando diretamente as principais estruturas e processos sociais rumo a condições e valores radicalmente diferentes, incluindo a necessária destruição criativa, quando os processos sociais autônomos mostrarem-se inadequados,
4. ‘Jogo político’, para fazer escolhas críticas que irão modelar o futuro, tendo em vista as incertezas e possibilidades inconcebíveis do momento, que transcendem o pensamento probabilístico,
5. Habilidade em lidar com complexidades crescentes, além da compreensão disponível,
6. Escolha trágica entre as prioridades e os valores em debate ambíguos e em constante mudança, e
7. Mobilização do apoio para a dolorosa destruição construtiva, inevitável mesmo sob as melhores condições.

Potencializar processos sociais criativos, guiar a sociedade rumo a valores diferentes, jogo político, escolha trágica e mobilização de apoios são funções incompatíveis com a cultura de liderança hierárquica, ainda dominante na maior parte das administrações públicas da região.

Outra vez, o desafio está em alcançar resultados em contextos onde o líder, nem sempre, tem governabilidade sobre as variáveis críticas o que pressupõe o desenvolvimento de capacidades relacionais de liderança.

Assim, a velha indumentária do gerente da era industrial tem pouca serventia nos (novos) tempos de governança. Sem a pretensão de estabelecer um perfil de competências, a relação apresentada a seguir destaca uma nova teia de temas, sob a forma de desafios, presentes no cotidiano do líder contemporâneo:

Sabedoria para desvendar os mistérios do contexto de atuação. O que quer dizer: (i) compreender as condicionantes e tendências do ambiente externo nas dimensões política, econômica, social, institucional, ambiental, tecnológica, dentre outras; (ii) avaliar as condições de governabilidade²; (iii) conhecer posicionamento de atores relevantes (os que

controlam recursos essenciais) e; (iv) identificar impactos (sob a forma de oportunidades e ameaças) para os objetivos definidos.

Capacidade de conceber estratégias e fortalecer a cultura do pensamento estratégico. Significa: (i) dar o direcionamento estratégico em função das condições do contexto de atuação; (ii) priorizar o estratégico em relação ao operacional (concentrar-se no que importa e faz a diferença) e; (iii) desenvolver a capacidade de pensar estrategicamente na sua equipe.

Desenvolvimento do espírito empreendedor. Entretanto não basta conhecer o contexto e formular estratégias para lidar com as adversidades e oportunidades do mesmo. A competência distintiva do líder contemporâneo está em sua capacidade de fazer acontecer, ou como nas palavras de Thomas Edson: “o gênio é 1% inspiração e 99% transpiração”.

Comprometer as pessoas. Na vigência dos modelos de gestão típicos da era industrial, as pessoas eram vistas como mão (mão-de-obra) e, como consequência, o foco de atenção da liderança hierárquica era controlar as mãos. Hoje, com a emergência da sociedade do conhecimento, as pessoas passaram a ser vistas como cérebros e o desafio colocado para o líder contemporâneo é o de comprometer as mentes. Significa fortalecer os instrumentos de comunicação, propiciar um clima organizacional favorável e adotar modelos de gestão participativos incluindo práticas de reconhecimento e incentivos ao desempenho superior.

Revisitar os conceitos de responsabilização. Na visão tradicional o gestor ao assumir uma determinada função pública se considerava responsável apenas pelos meios que dispunha (orçamento, patrimônio, pessoas etc), no máximo pela realização eficiente das atividades da organização (visão influenciada pelas reformas de 1ª geração orientadas para o ajuste fiscal). A visão contemporânea pressupõe algo mais. Não basta fazer uma gestão com foco na eficiência operacional, é fundamental que o gestor se comprometa com a qualidade e quantidade (cobertura) dos serviços entregues ao cidadão (foco na eficácia) e, sobretudo, com os impactos (foco na efetividade) desses serviços na criação de valor público (visão influenciada pelas reformas de 2ª. geração orientadas para resultados de desenvolvimento).

É claro que, na medida em que se avança em termos do grau de responsabilização, aumenta a sua necessidade de potencializar a capacidade relacional. Melhorar a eficiência, aparentemente, está mais sob o controle do gestor do que alcançar resultados de eficácia e de efetividade. Sobretudo os de efetividade, mais sensíveis aos efeitos de externalidades, exigindo do gestor articulação com outros atores para o alcance desses resultados. A figura 2 apresenta a abordagem da cadeia de valor, usada como referência para descrever esse desafio.

Transparência e prestação de contas. Nos últimos tempos temos assistido na região, o fortalecimento da democracia como valor, o que tem provocado o aumento da pressão por mecanismos de prestação de contas e controle social. Entretanto, a transparência não deve se limitar apenas à aplicação e uso dos recursos públicos, é absolutamente fundamental que as gerências se comprometam a prestar contas sobre os seus resultados efetivamente produzidos por suas organizações.

Fortalecer o pensamento sistêmico (o desafio síntese). A formação do líder hierárquico tradicional foi impregnada pelo paradigma mecanicista que reduzia a natureza a um mecanismo

cujo funcionamento se regia por leis precisas e rigorosas e via as organizações como uma máquina composta de peças ligadas entre si que funcionavam de forma regular e poderiam ser reduzidas às leis da mecânica. Já o pensamento sistêmico (base para o desenvolvimento da liderança relacional), sem negar a racionalidade científica, prega a visão da totalidade, a importância do contexto (organizações como sistemas abertos) e a interrelação entre as partes (subsistemas). Os processos de formulação e implementação de políticas demandam uma liderança “integradora de soluções” num contexto tipicamente caracterizado pela co-produção: parte da solução depende diretamente de sua equipe e parte de outras. Na prática significa que o gerente público precisa ser capaz de perceber o sistema como um todo a partir de suas inter-relações com o ambiente e os subsistemas que o constituem a partir das conexões entre eles. A metáfora que melhor explica essa nova capacidade requerida é a do helicóptero, que, quando necessário, tem a visão do todo (vê a floresta) e quando necessário das partes (vê as árvores)³.

Por fim, desenvolver um novo perfil de competências e enfrentar os desafios anteriormente assinalados pressupõe a utilização de instrumentos gerenciais. O arsenal é ilimitado e a oferta tanto por parte da academia, como por empresas de consultoria⁴, segue aumentando. Alguns desses instrumentos são de uso consagrado, vêm sendo aperfeiçoados ao longo do tempo, outros têm vida curta, surgem e muito rapidamente perdem a validade e novos surgem a toda hora. Isto coloca para o gestor o desafio da seleção e da adaptação dos instrumentos para atender às suas finalidades. Com o advento das reformas gerenciais, a utilização de instrumentos de gestão orientada a resultados têm tido larga aplicação. A maior parte dos países da região usa o planejamento estratégico, tanto na perspectiva governamental (planos de desenvolvimento, planos plurianuais, gestão por programas) como na organizacional (Ministérios, Secretarias, Agências).

Também é expressiva a aplicação dos contratos de gestão, instrumento de pactuação de resultados entre partes interessadas (interna e externamente à administração pública) para a melhoria do desempenho e alinhamento, proporcionando formas mais apropriadas de controle baseadas em indicadores. A Figura 3 apresenta um conjunto bastante expressivo de instrumentos de gestão, organizados a partir de duas perspectivas: a primeira, da aplicação, onde os instrumentos podem ser aplicados: a) no governo como um todo; b) nas organizações governamentais, e c) no âmbito do funcionário público (ou grupos de funcionários). A segunda perspectiva, onde os instrumentos podem ser usados segundo a agregação de valor: a) resultados b) processos c) recursos (Marini & Martins, 2005).

4. A Liderança Relacional em Ação: Experiências e Depoimentos Destacados

O debate sobre a emergência de um novo padrão de liderança ainda é recente, com enfoques variados e conclusões ainda em aberto. No Brasil, a situação não é diferente, embora tradicionalmente o tema do desenvolvimento gerencial tenha ocupado, quase sempre, as agendas de reforma da gestão pública. Foi assim na reforma burocrática dos anos 30, na reforma da modernização dos anos 60 e na reforma gerencial de 95.

No primeiro caso, o governo federal adotou uma solução bastante inovadora, para os padrões da época, ao delegar o papel de formação dos principais quadros da administração pública a uma organização não estatal, no caso a Fundação Getúlio Vargas. Ela foi responsável

pela formação das primeiras gerações de administradores públicos federais (egressos da então EBAP – Escola Brasileira de Administração Pública) e pela disseminação do estudo de administração nas diversas regiões do país. No caso da reforma da modernização, embora a FGV continuasse apoiando a formação e capacitação gerencial, essa responsabilidade foi gradativamente transferida para os centros de treinamento criados nas diversas agências governamentais. Na reforma de 95, esse papel passou a ser desempenhado pela ENAP – Escola Nacional de Administração Pública, que assumiu a responsabilidade de introduzir a cultura gerencial a partir de programas voltados para o desenvolvimento de dirigentes federais (que muitas vezes incluía dirigentes estaduais). A partir desse período foram criadas (e fortalecidas) as escolas de governo em muitos estados da federação.

Atualmente, a ENAP vem liderando iniciativas de compartilhamento de experiências envolvendo instituições federais, estaduais e municipais que culminou com a criação da Rede de Escolas de Governo que promovem encontros desde 2003. Além disto, no âmbito federal, a Escola vem desenvolvendo programas de desenvolvimento gerencial incluindo cursos regulares presenciais e a distância, visando preparar dirigentes para gerir políticas públicas e desenvolver instrumentos necessários à sua implementação. Outra iniciativa é o Café com Debate, que reúne executivos, gerentes e assessores do Governo Federal. No campo internacional, a ENAP mantém projetos de cooperação com instituições de referência da França e Espanha e com a Escola Canadense do Serviço Público e vem apoiando os Países Africanos de Língua Oficial Portuguesa - PALOP. No âmbito estadual as escolas de governo vêm assumindo papel ativo na condução de programas de desenvolvimento de lideranças, muitas vezes em parceria com escolas de negócio.

Algumas dessas escolas já estão consolidadas, como a EGAP/FUNDAP de São Paulo, a FESP (agora denominada CEPERJ) do Rio de Janeiro, a FDRH do Rio Grande do Sul e a FJP de Minas Gerais. No Espírito Santo, a ESESP, passou por um processo de reestruturação, redefinindo sua estratégia com vistas à contratualização de resultados com a sua secretaria supervisora.

A Bahia criou a Universidade Corporativa do Serviço Público com a finalidade de implantar, consolidar e expandir um sistema integrado de educação corporativa, alinhado ao Plano de Governo do Estado. Muitas dessas escolas estaduais vêm ampliando o seu foco, atuando também nos municípios, embora alguns deles tenham escolas de governo já consagradas, como o IMAP de Curitiba e a ESAP de Santo André.

A guisa de conclusão, e de forma complementar aos capítulos anteriores (mais orientados a aspectos conceituais), foram selecionados quatro experiências recentes de melhoria da gestão pública. Inicialmente buscou-se identificar o escopo básico da iniciativa e realizou-se uma breve entrevista com um dirigente envolvido com a implementação sobre o papel da liderança neste processo de mudança. Dentre as iniciativas selecionadas duas são estaduais (Sergipe e Minas Gerais) e duas envolvem administrações locais (Curitiba e Rio Branco).

O Caso de Sergipe

O primeiro relato se refere a uma experiência de modernização levada a cabo no Estado de Sergipe no período 2003/2006 que teve como ponto de partida a elaboração de uma nova estratégia governamental. Segundo Mendes (2005), *“o plano foi concebido a partir de um enunciado ambicioso de visão de futuro - Sergipe como opção de vida - sendo definido o IDH*

como principal indicador (e a meta era ser o melhor IDH do Nordeste), ancorada em três opções estratégicas: Trabalho e Renda, Desenvolvimento Econômico e Social Sustentável e Gestão Pública Empreendedora. Foi elaborado um modelo relacional vinculando os indicadores dos programas prioritários com os do IDH e firmados contratos de gestão. Além disto, o Estado inovou ao introduzir uma nova concepção para suas arquiteturas *organizacional e financeira*. O principal resultado (melhoria do IDH) surpreendeu a muitos especialistas e mereceu comentários na imprensa, à época. Luis Nassif (Folha de SP, 16/06/2006), comentou: *“Sergipe, em quatro anos, saiu de quinto pior IDH para melhor do Nordeste... O projeto de Sergipe parte do conceito de desenvolvimento sustentável. E tem como peça-chave a integração de ações”*. Delfim Neto (Folha de SP, 07/06/2006), destacou: *“Quem não é o maior, tem que ser o melhor... Esse slogan se aplicaria hoje ao Estado de Sergipe, devido à velocidade com que vem superando as chamadas “metas do milênio” em termos de crescimento econômico e de desenvolvimento humano. Três fatos chamam a atenção... uma interessante convergência da prática da boa governança com um vigoroso crescimento econômico, impulsionado em boa parte pelo investimento público, e o simultâneo avanço dos índices de desenvolvimento humano”*.

Um dos desafios principais do novo modelo de gestão estava relacionado à necessidade de alinhar as distintas unidades de governo e responsabilizar os dirigentes. Para isso, o governo decidiu adotar como instrumento o contrato de gestão e foi desenvolvido um intenso programa de desenvolvimento gerencial visando fortalecer a cultura de gestão orientada para resultados. Gilmar de Melo Mendes (dirigente entrevistado que ocupou, no período, os cargos de Secretário de modernização, de educação e de fazenda, destacou que: *“o perfil do líder para fazer frente às demandas atuais da gestão pública é totalmente distinta daquele perfil ainda presente nas organizações públicas. As novas demandas são cada vez mais complexas e exigem do líder a habilidade de entendê-las, decodificá-las e organizá-las abaixo de um modelo que permita transmitir e transitar as informações que são relevantes e imprescindíveis para a consecução dos planos estratégicos. Assim, a capacidade de captar demandas e organizá-las de forma clara e objetiva, para em seguida alinhar objetivos e interesses consiste na primeira habilidade requerida. Na sequência está a capacidade de implementar planos e sistematizar controles que compreende uma outra habilidade essencial para o êxito de qualquer implementação estratégica... o (novo) contexto exige do líder habilidade adicionais além daquelas tradicionais (comando-controle). As demandas, agora, são transversais às estruturas hierárquicas escalares e verticalizadas, exigem o trabalho organizados em equipes multifuncionais e orientadas para processos... exige, também, uma intensa capacidade de se relacionar e, portanto, entender da natureza humana, essa é talvez uma das mais difíceis características que se impõe ao líder atual. Gerar resultados nas diferenças... Em suma. Sensibilidade social, visão econômica, senso de prioridade, senso de urgência, orientação para resultados, capacidade de relacionamento, conformam os grandes desafios no campo da liderança na nova administração pública. Exercer a difícil e nobre tarefa de juntar pessoas para construir aquilo que sozinhas não conseguiriam realizar. Contribuir para o desenvolvimento da sociedade sabendo conciliar a angústia das necessidades e os limites das possibilidades”*.

O Caso de Minas Gerais

A experiência recente (a partir de 2003) levada a cabo em Minas Gerais que recebeu a denominação inicialmente de Choque de Gestão representa uma concepção inovadora de

reforma da gestão pública baseada na combinação de medidas orientadas para o ajuste estrutural das contas públicas com iniciativas voltadas para a geração de um novo padrão de desenvolvimento. No primeiro caso foram adotadas ações voltadas para o aumento da receita tributária (sem incremento de alíquotas) e de racionalização do gasto e iniciativas de reconstrução da máquina administrativa. No segundo, foram revitalizados os instrumentos formais de planejamento governamental (PMDI – Plano Mineiro de Desenvolvimento Integrado, de longo prazo, e o PPAG – Plano Plurianual de Ação Governamental, de médio prazo) e adotadas iniciativas de inovação gerencial: contratos de gestão (em Minas Gerais denominados acordos de resultados), nova política de recursos humanos, parcerias públicoprivada e com o 3º. setor, dentre outras.

Na nova estratégia implantada a partir de 2007, denominada Estado para Resultados, o desempenho do governo passa a ser medido, de um lado, pelos resultados mensurados por meio de indicadores finalísticos de qualidade e universalização dos serviços e, de outro, pelo custo do governo para a sociedade. Por meio da qualidade fiscal e gestão eficiente, o objetivo-síntese da estratégia Estado para Resultados é reduzir a participação do poder público mineiro na riqueza, medida pelo Produto Interno Bruto (PIB), e ainda, melhorar os resultados para a sociedade, avaliados mediante indicadores sensíveis à evolução da qualidade de vida dos mineiros.

Um dos desafios principais do novo modelo de gestão do Estado é o promover a Governança Social e nesse sentido instituiu um projeto inovador, denominado IGS6, Instituto de Governança Social, com o objetivo de desenvolver ações para fomentar a governança e o controle social em Minas Gerais, fortalecendo os instrumentos formais de participação da sociedade nas decisões sobre as políticas públicas, e atuando também na profissionalização da gestão de projetos sociais desenvolvidos com a sociedade civil organizada e municípios, de forma a otimizar as parcerias em prol do desenvolvimento socioeconômico do Estado.

Outra importante iniciativa, no âmbito do Projeto Estruturador Ampliação da Profissionalização dos Gestores Públicos é o Programa de Desenvolvimento Gerencial (PDG Minas), realizado desde 2008, em parceria com a Fundação Dom Cabral, com o objetivo de elevar a efetividade do gestor público, com base em quatro competências gerenciais básicas previamente definidas: Liderança de Equipes; Orientação para Resultados e Visão Sistêmica; Capacidade Inovadora e Compartilhamento de Informações e de Conhecimentos; e Gestão de Pessoas. Num primeiro momento os gestores fazem uma avaliação de seu perfil de competências que depois é comparado com uma nova avaliação feita após a conclusão do Programa. Renata Vilhena (dirigente entrevistada que ocupa o cargo de Secretária de Estado de Planejamento e Gestão) enfatizou que:

“o dirigente governamental necessita incorporar em sua gestão uma série de inovações que buscam promover o alinhamento das organizações aos resultados definidos pelo planejamento, como por exemplo, a partir de modelos contratuais de gestão por resultados entre organizações públicas, entre o poder público e o terceiro setor e entre o poder público e a iniciativa privada. Outra dimensão que não pode ser desprezada é o alinhamento das pessoas com os resultados de Governo e suas organizações. Destaca-se também, o desenvolvimento de um novo modelo de controle que prioriza a busca dos resultados. As competências de um dirigente governamental devem estar representadas pela clara definição das capacidades necessárias

aos negócios de cada instituição, alinhadas ao objetivo global estratégico, no caso de MG, transformar o Estado em padrões diferenciados de qualidade de vida para os cidadãos. Isto significa que o líder deve apresentar alinhamento estratégico, comunicação eficaz sobre os objetivos e resultados pretendidos junto às suas equipes de trabalho e elevada motivação. Deve estar também em permanente processo de aprendizado. As competências devem se inter-relacionar para compor um conjunto de comportamentos, conhecimentos, habilidades e atitudes necessárias ao dirigente: Orientação para Resultados, Visão Sistêmica, Compartilhamento de Informações e Conhecimentos, Liderança de Equipes, Gestão de Pessoas, Capacidade Inovadora e *Competência Técnica*".

O Caso de Curitiba

A primeira onda de reformas gerenciais no Brasil (95) foi predominantemente federal. A segunda, a partir de 2003, teve como protagonistas os estados da federação. Hoje esta agenda começa a ganhar relevância em âmbitos locais, a partir de iniciativas como as de Curitiba e de Rio Branco, dentre outras. A experiência recente da Prefeitura Municipal de Curitiba foi motivada a partir de três questões básicas: Para que o Plano de Governo tenha sucesso, que impactos devem resultar de sua implementação para Curitiba e sua população? Para gerar estes impactos, o que a Prefeitura deve produzir para Curitiba e sua população?

Para ser capaz de prover o que Curitiba e seus cidadãos necessitam, quais devem ser as bases de um bom governo? Tendo como referência o Plano de Governo, que estabeleceu como visão de futuro: "Curitiba: a melhor qualidade de vida das capitais brasileiras", desdobrada em cinco eixos (Morar em Curitiba; Aprender em Curitiba; Trabalhar em Curitiba; Cuidar em Curitiba; e Viver em Curitiba), o desafio foi o de definir um modelo de gestão voltado para a implementação da nova estratégia. Optou-se pela adoção de contratos de gestão e por um amplo Programa de Desenvolvimento Gerencial (com a participação de aproximadamente 1.500 gerentes) orientado para o desenvolvimento da cultura gerencial e técnicas de bom governo.

As duas iniciativas foram realizadas em parceria com o Instituto Publix. Indagado sobre os atributos do novo líder em tempos de governança, Carlos Homero Giacomini (dirigente entrevistado, que ocupa o cargo de Presidente do IMAP – Instituto Municipal de Administração Pública):

"Ao refletir sobre "porque haveria a cidade de reconhecer um Prefeito como seu líder? A resposta a esta pergunta, aplicada a realidade atual, talvez possa indicar os atributos desta nova liderança:

1. O "líder público" deve sentir-se legítimo como pleiteador dessa condição; ser possuidor da convicção de lhe cabe esta prerrogativa; de que o espaço social que ocupa, o ator que é, lhe confere a possibilidade e a responsabilidade de exercer esta missão. Porque ele é o único que exerce liderança a partir de um recorte de Estado que, numa visão gramsciana, é a mais fissurada e contraditória instância de organização da sociedade. Por isso, em tese, só o líder público, mais do que qualquer

outro, poderia ser o garantidor das manifestações de todas as classes e suas frações, de todas as correntes de pensamento; só ele poderia abrigar o contraditório existente na sociedade como um todo e, a partir deste contraditório, construir um pensamento e uma vontade hegemônicas, mesmo que temporariamente e, certamente, marcada pela sua visão de mundo. Em suma, deve abraçar a democracia como valor universal. E lembremos que líderes desta natureza são reconhecidos e amados, sejam de direita ou de esquerda (p. ex: Roberto Campos e Celso Furtado; Winston Churchill e Allende). Estaríamos falando da velha e boa condição de Estadista?

2. O “líder público” precisa projetar visões de futuro, fazer a sociedade entender e acreditar que a melhor forma de prever o futuro é inventá-lo a partir de um sonho, do aproveitamento e da geração de oportunidades. Como dizia o velho Matus: o grande líder não é só o que enxerga mais longe, mas aquele que cria as condições para o advento dos cenários que a sociedade deseja construir. As versões finais das visões de futuro são da responsabilidade do grande líder. A maioria dos políticos não faz nem idéia de que esta deveria ser uma de suas principais missões.

3. Para o exercício da grande liderança, ao “líder público” é vetado o conforto de ser ou permanecer analfabeto em qualquer uma das grandes linguagens humanas: política, emocional, histórica, econômica, artística, espiritual... Ou seja, o grande instrumental deste tipo de líder, é uma enorme consciência, uma noção expandida da realidade do mundo, em perspectivas histórica e de futuro”.

O Caso de Rio Branco

Da mesma forma que os casos anteriores, a experiência recente de modernização da gestão pública na Prefeitura de Rio Branco teve como motivação o desafio de implementação do Plano de Governo do Município (2009-2012) cujo objetivo global é o de elevação dos padrões de bem-estar e melhoria contínua da qualidade de vida da população do município, fortalecendo a sua identidade e organização comunitária; por meio do aprofundamento da democracia, compartilhamento de poder e a criação de condições estruturais econômicas, sociais, políticas, éticas e culturais que favoreçam e conduzam ao desenvolvimento sustentável. A singularidade da experiência de Rio Branco é dada pelo processo participativo de construção do Plano, em linha com os tempos de governança, antes enunciados. Visando a legitimação do processo de construção coletiva, foram organizados conselhos populares nas sete Regionais da cidade e nas três Regionais rurais, com a participação das comunidades, das organizações civis, dos partidos políticos, da aliança política, dos sindicatos, das organizações empresariais, das cooperativas, das associações de bairros, das federações de trabalhadores, dos gestores municipais e dos especialistas de diversas áreas temáticas. Foram realizadas 62 oficinas com as organizações da sociedade que identificaram os problemas, definiram as estratégias e deram conta das soluções. E, visando a profissionalização da função pública em bases meritocráticas e a necessidade de promover o desenvolvimento das capacidades técnicas e gerenciais, foi criada uma escola de governo, diretamente vinculada

ao Gabinete do Prefeito. A primeira iniciativa da escola é a realização de um Programa de desenvolvimento de competências orientado fundamentalmente para a capacitação da alta gerência, da gerência intermediária e servidores em gestão para resultados sustentáveis.

Ronaldo Angelim, Prefeito Municipal, comentou sobre o significado de ser dirigente nestes novos tempos de governança:

“a modernização da gestão pública passa necessariamente, pela reinvenção de seus processos, métodos e um permanente revisitar de seus conceitos/concepções. Ser dirigente público nesse novo contexto é se impôr desafios a cada dia, evitando-se a acomodação tão presente no cotidiano das administrações carcomidas pela mesmice das rotinas e indiferença às inovações e demandas de um novo tempo. Exige mudanças de atitude e vontade política de repensar paradigmas, de superar resistências e de inverter prioridades. Este novo momento exige líderes atentos e envolvidos num processo contínuo de aprendizagem, que tenham a humildade necessária para interagir com o novo que surge a partir da relação da sabedoria popular, de experiências vivenciadas pela sociedade local e dos novos conhecimentos na área da gestão pública. O novo líder deve ser antes de tudo, um facilitador envolvente, que saiba escutar e processar os anseios e sonhos do povo e transformá-los em políticas públicas que efetivamente se materializem em resultados em favor da sociedade. O novo líder deve focar no desenvolvimento contínuo das capacidades internas, referenciadas em novos conhecimentos, na habilidade de construir parcerias, comprometidas com resultados e na valorização dos processos de controle social. Em Rio Branco, a criação dos Conselhos das Regionais, cujo formato foi construído de forma coletiva, é parceira da gestão municipal na construção de políticas públicas, definição de prioridades e acompanhamento do processo de implantação dessas políticas, valorizando o protagonismo das lideranças do movimento social, compartilhando responsabilidades e reafirmando o compromisso com o desenvolvimento sustentável do Município”.

Referências

MARINI, C (2008): Um decálogo da boa gestão pública: os desafios de um estado para resultados. XIII Congresso do CLAD sobre a reforma do Estado e da administração pública – Buenos Aires, novembro de 2008.

BASS, Bernard (1990): Bass & Stogdill's Handbook of Leadership Theory, research, and managerial applications. New York: Free Press.

GARDNER, John W. (1990): On leadership. New York: Free Press.

JACOBS, T. O., & JAKES, E. (1990): Military executive leadership. Measures of leadership.

RICHARDS & ENGLE (1986): *After the vision: Suggests to corporate visionaries and vision champions in Adams J D (Ed), Transforming Leadership*, Alexandria, VA: Miles River Press.

TANNENBAUM, R.; WESCHLER, I. R.; MASSARIK, F. (1972): *Liderança e organização: uma abordagem da ciência do comportamento*. São Paulo: Atlas.

MARINI, C & MARTINS, H (2007): Os bruxos da gestão pública: reflexões sobre consultoria organizacional no setor público. XII Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, Sto. Domingo, Rep. Dominicana.

MARINI, C & MARTINS, H (2005): Um modelo de gestão governamental para resultados. Documento apresentado no I Seminário Administração Pública: Análise Contextual e Propostas de Modernização. Câmara dos Deputados, Brasília.

DROR, Y. (1997): O administrador público tipo delta para o século 21. Brasília. Revista do Servidor Público Ano 48 número 2.

WHEATLEY, M (1992): *Liderança e a nova ciência*. São Paulo: Editora Cultrix LTDA.

AGUILAR, L. (2007): El aporte de la política pública y la Nueva Gestión Pública a la gobernanza. XII Congreso del CLAD. Santo Domingo.

MATUS, C. (1993): *Política, planejamento & governo*. Brasília: IPEA.

MOORE, M. (2003): *Criando Valor Público: gestão estratégica no governo* – Editora Letras e Expressões.

MENDES, G. (2005): O ajuste fiscal matricial voltado ao desenvolvimento: o caso do governo do Estado de Sergipe – a ser apresentado no X Congresso Internacional do CLAD sobre a Reforma do Estado e da Administração Pública.

Notas

¹ Que deverá contar com os seguintes atributos: concentração de aptidões de alta relevância; super-profissionalismo; valor filosófico e raciocínio ético; inovador/criativo; meritocrático-elitista; virtuoso; autônomo; forte sentido de missão.

² Governabilidade é aqui utilizada no sentido dado por Matus (1993): uma relação entre as variáveis que o ator controla e não controla no processo de governo.

³ Vale recordar o antigo provérbio atribuído ao poeta inglês, John Heywood, que em pleno século XVI prenunciava o pensamento sistêmico: *You cannot see the wood for the trees* (1546).

⁴ Consultoria pode ser um recurso valioso como catalisador de processos de mudança na gestão pública na medida em que colabora na geração de resultados, na busca de soluções e no desenvolvimento de capacidades por meio da disseminação e operacionalização de idéias, ferramentas e da formação de aprendizado (Marini & Martins, 2007).

⁵ Ver www.enap.gov.br

⁶ Ver www.projetoigs.org.br

FIGURA 1. O ARGUMENTO DO ALINHAMENTO



FIGURA 2. A ABORDAGEM DA CADEIA DE VALOR

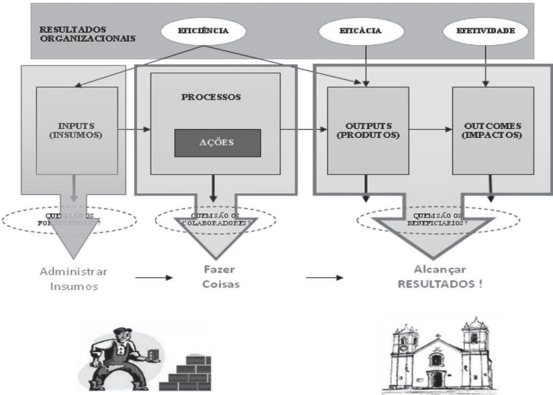


FIGURA 3. INSTRUMENTOS DE GESTÃO

PERSPECTIVAS		DA APLICAÇÃO		
		Macro-Governamental	Organizacional/Institucional	Individual/Grupal
DA AGREGAÇÃO DE VALOR PÚBLICO	Resultado	Planos de desenvolvimento (planos estratégicos e plano plurianual) Gestão por programas (formulação, monitoramento e avaliação de programas e ações)	Planejamento estratégico Contratualização/ agenciificação (contratos de gestão, acordos de resultado etc.)	Avaliação de desempenho individual e grupal
	Processo	Sistemas centrais (compras, RH, logística, TI/governo eletrônico, orçamento, finanças etc.) Controle, promoção da transparência e accountability e luta contra corrupção	Gestão da qualidade Simplificação administrativa Gestão do atendimento Gestão da organização governamental (estruturas e modelos institucionais, regulação, parcerias com a sociedade etc.)	Capacitação e gestão de competências Direção pública Gestão de cargos e carreiras Assistência ao servidor Dimensionamento da força de trabalho
	Recurso	Gestão da qualidade do gasto Repressão fiscal Gestão orçamentária, financeira e contábil	Eficiência Redução de despesas	Produtividade Política de reajustes salariais Previdência do servidor

PLANEJAMENTO ESTRATÉGICO: DESAFIOS PARA O PODER JUDICIÁRIO

Patrícia Cerqueira de Oliveira

Especialista em Direito Penal e Direito Processual Penal pela Universidade Estácio de Sá. Especialista em Direito, Justiça e Sociedade pela FABAC. Mestranda em Poder Judiciário – Fundação Getúlio Vargas. Juíza de Direito Titular da 68ª Vara de Substituições da Comarca de Salvador – Bahia.

Resumo: Tema em voga atualmente, o planejamento estratégico reflete a necessidade de se observar a estrutura organizacional, com o fulcro de estabelecer a missão, visão e valores da Instituição. Considerando que o Judiciário obteve o reconhecimento constitucional de sua independência, sendo um poder dotado de autonomia administrativa e financeira, o presente estudo objetiva analisar os fatores que impedem ou mesmo dificultam o planejamento e a gestão estratégica no âmbito da administração da justiça, porquanto esse Poder deve ser administrado pelos próprios integrantes. Não obstante a autogestão tenha sido prevista pela Constituição de 1988, após observância do contexto atual denota-se que a alternância de gestores, às vezes, impede a adoção de uma continuidade administrativa, razão pela qual é assaz importante a implantação de um planejamento estratégico que vise à modernização e profissionalização dos serviços, bem como que imprima maior celeridade ao Judiciário.

Palavras-Chave: Planejamento estratégico. Judiciário. Independência. Autonomia.

1. Introdução

A Constituição da República do Brasil de 1988 reconheceu ao Poder Judiciário independência e autonomia administrativa e financeira, quando se consagrou a idéia de autogestão do Judiciário, a significar que esse Poder da República deveria ser administrado por seus próprios integrantes.

Na idéia de autonomia inclua-se competência para aparelhar a estrutura para acompanhar o crescimento da demanda, organizar-se, planejar estrategicamente a gestão, estabelecendo a missão, visão e valores da instituição, além de indicadores para medir o desempenho do planejamento elaborado e o alcance de seus objetivos.

A sabedoria do texto constitucional reside no reconhecimento de que só a própria instituição, a partir de seus diagnósticos e do diálogo institucional, poderia definir as ações necessárias à prestação de um serviço judiciário de qualidade, e, ainda, antever o crescimento da demanda, a fim de permitir um aparelhamento preventivo para o alargamento do acesso à Justiça.

O desafio lançado ao Poder Judiciário é, em outras palavras, *colonizar a gestão, para que a gestão não colonize a instituição*.

Após a Emenda Constitucional nº45/2004, que criou o Conselho Nacional de Justiça, esse órgão competente para uniformizar políticas para o Poder Judiciário nacional editou algumas Resoluções atinentes ao planejamento estratégico, orçamento e transparência.

Em que pese a autogestão tenha sido assegurada desde 1988, o cenário hodierno é de ausência de cultura da continuidade administrativa, devido à alternância de gestores, aliada à ausência de percepção da unicidade.

Segundo realizada pela Associação de Magistrados Brasileiros – AMB, o contexto atual apresenta deficiências materiais e funcionais, ausência de segurança nos forums, capacitação incipiente de pessoal, pouca informatização, falta de materiais básicos.

Nesse contexto, alguns fatores são apontados como causadores da morosidade da Justiça, a saber, ausência de preocupação com o planejamento e a gestão estratégica, no âmbito da administração da Justiça.

De salientar-se que a professora Sadek (2010) comparou dados da Justiça em Números, produzido pelo Conselho Nacional de Justiça, entre 2004 e 2008, e chegou à seguinte conclusão:

A análise mostrou que os principais problemas que afetam a lentidão na prestação jurisdicional não estão localizados no número de juízes, no volume de gastos ou no número de novos processos, mas na forma como os recursos, tanto humanos como materiais, são empregados. (SADEK, 2010).

Diante da incapacidade de o Poder Judiciário prever os cenários e de pensar soluções para as dificuldades inerentes à prestação jurisdicional em uma sociedade de massa, o Conselho Nacional de Justiça almejou, com a edição da Resolução nº 70, instituir mecanismos para suprir a lacuna, determinando algumas medidas, dentre as quais o planejamento estratégico, orçamento participativo, fixação de metas, definição de indicadores, acompanhamento de resultados para todos os Tribunais, que podem ser traduzidas na expressão: *profissionalização e democratização da gestão*.

Ocorre que, conforme constatado em recente cartilha elaborada pela Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB, intitulada Gestão Democrática do Judiciário, a natural alternância dos gestores e a ausência de percepção da unicidade do Judiciário não permitiram a construção de um projeto nacional, nem tampouco contribuíram para a formação da cultura da continuidade administrativa no âmbito dos Tribunais. Essa falta de articulação contribui para a ausência de uma política integrada que respondesse com agilidade aos desafios do Poder Judiciário para enfrentar as novas exigências da sociedade.

A sociedade atual é integrada por pessoas que têm mais consciência de seus direitos. Assim, ao se depararem com causas políticas e sociais ou de desenvolvimento do Estado, recorrem aos tribunais para se protegerem ou exigirem a sua efetiva execução, o que repercute na multiplicação das demandas, a reclamar uma intervenção eficiente e eficaz do Poder Judiciário, no sentido de cumprir seus misteres.

Segundo afirma Santos (2007):

De todo modo, nunca, como hoje, o sistema judicial assumiu tão forte protagonismo. E, já não é um protagonismo do tipo político que acabei

de referir. Antes parte da idéia de que as sociedades assentam no primado do Direito, de que não funcionam eficazmente sem um sistema judicial eficiente, eficaz, justo e independente. (SANTOS, 2007, p.15).

Planejar estrategicamente, racionalizar procedimentos, sistematizar rotinas, fazer gestão de processos e de pessoas, elaborar orçamento com participação colaborativa dos atores da instituição, identificar objetivos estratégicos a serem operacionalizados através de programas e projetos, dentre outras medidas administrativas compõem a ordem do dia da gestão judiciária, caracterizando um caminho sem volta rumo à modernização e profissionalização dos serviços.

2. Conceito

Muito se tem falado sobre planejamento estratégico, gestão estratégica, definição da missão, dos valores e visão da instituição, idéias que estão também na referida Resolução nº 70 do CNJ. Ocorre que para uma exata compreensão do tema, é preciso conceituar cada um desses elementos, até porque no ambiente do Poder Judiciário, e da formação dos bacharéis em Direito, pouca ou nenhuma intimidade existe com esses conceitos, embora estejam em evidência na pauta atual de debates institucionais.

É preciso, pois, conceber, segundo literatura especializada, conceitos de gestão estratégica, missão, visão, valores, compreendendo, também, a forma como a idéia de estratégia chegou ao poder público.

2.1. Conceitos de Gestão e Gerenciamento

Gestão é a atividade de planejamento, assessoramento de processos deliberativos, coordenação de ações e avaliação de programas e políticas públicas em organizações estatais e não estatais, nacionais ou internacionais. Atua em todos os níveis em que há utilização de recursos empenhados para a produção de bens e serviços públicos. A política de gestão pública vai estabelecer as regras e práticas administrativas que afetam o setor público em sua totalidade.

Gerenciamento, por sua vez, está diretamente ligado com administração, com gestão. Nas palavras de Chiavenato, administrador deve conjugar PLANEJAMENTO – ORGANIZAÇÃO – DIREÇÃO – CONTROLE. Não necessariamente nessa ordem, pois o gestor tem que ficar a todo tempo planejando, organizando, dirigindo e controlando. É preciso se ater a estes conceitos para que a implementação seja efetiva e de caráter permanente. Do contrário, o gerenciamento ficará comprometido e perderá sua eficácia.

O gerenciamento não pode prescindir de uma liderança. Uma das maiores dificuldades em exercer a administração pública, vem a ser a ausência de líderes capazes de conduzirem o processo administrativo de forma eficaz e célere. Há muitos interesses o tempo todo em jogo, onde cada integrante do setor público por diversas vezes pretende colocar o próprio interesse adiante do interesse coletivo. Não se pode olvidar a existência de tais posturas individualistas, que certamente tornam mais complexa a administração. Logo, uma vez que exista uma efetiva liderança, o amesquinamento presente nos interesses individuais acima do coletivo não prevalecerá sobre a grandiosidade pensante naqueles que pensam primeiramente no coletivo, pois neles estão igualmente inseridos.

O processo de gestão estratégica constitui um esforço disciplinado para produzir decisões e ações fundamentais sobre o que é uma organização, aonde quer chegar, utilizando quais meios, apoiado em três direcionadores estratégicos: **Missão, Visão de Futuro e Valores**, caracterizando-se como um importante instrumento de gestão contínua que visa fornecer diretrizes e programa para as instituições do setor público, no caso, o Poder Judiciário, focado na necessidade do aprimoramento da gestão e da minimização dos impactos advindos da descontinuidade administrativa.

2.2. Conceito de Missão

Missão é o propósito da organização, sua razão de ser, constituindo uma formulação objetiva e precisa, possível de ser entendida e assimilada por todas as pessoas que dela fazem parte, ou que mantêm com ela relações significativas (*stakeholders*), a exemplo dos usuários, mandatários, fornecedores etc.

O estabelecimento da missão auxilia os gestores a manterem a atenção na finalidade de seus esforços: administrar a instituição visando a um melhor desempenho e a um maior valor.

Como todos os empreendimentos oficiais precisam do entusiasmo de alguns elementos do público e da aquiescência de outros, estabelecer uma missão que reflita importantes valores que estejam sendo promovidos por grupos ativos pode fazer muito pelo trabalho político gerencial.

2.3. Conceito de Visão

Visão de futuro estabelece um cenário a respeito de como a organização deseja estar e ser vista em um determinado horizonte de tempo, constituindo um direcionamento essencial para o direcionamento dos esforços internos, e junto aos atores relevantes do ambiente externo, para o alcance do “futuro desejado”.

A visão deve ser expressa de modo que inspire as pessoas que desempenham atividades na organização, sensibilizando-as para mobilizar-se e alinhar-se com os objetivos estratégicos.

2.4. Conceito de Valores

Valores são as regras de conduta essenciais que devem nortear as ações da organização, tanto no âmbito interno como nas relações com o ambiente externo, constituindo-se na diretriz essencial para o exercício da prática moral nas suas diversas instâncias de decisão e de execução dos procedimentos de trabalho.

3. Do Planejamento Estratégico

Para planejar estrategicamente, as instituições devem desenvolver declarações de missão e objetivos de longo prazo com tal clareza que permita relacionar indicadores de desempenho e as metas a serem alcançadas. Tais indicadores de desempenho devem ser consistentes com os planos estratégicos, a fim de permitir o acompanhamento do progresso (medição). (CALVACANTI, 1997).

Com essa compreensão, a gestão no setor público passou a caracterizar-se por uma “despolitização” da administração, aliada à ênfase no conceito de eficiência governamental, idéia agora acrescida às idéias de eficácia e efetividade já existentes. Acrescente-se que conceitos e práticas antes somente aplicados nas empresas privadas passaram a nortear a gestão no setor público, a saber: **flexibilidade de gestão, foco na qualidade dos serviços, prioridade às demandas do cliente(usuário).**

O planejamento estratégico, além de importante instrumento de gestão e identificação de uma instituição, vem a ser importante ferramenta de combate à contaminação da administração pública por pretensões exclusivamente pessoais dos gestores.

3.1. Curiosidades Quanto ao Conceito de Estratégia e sua Transposição para a Gestão Pública

Afirmou Motta (1995) que “nenhuma palavra nos últimos vinte anos tem sido tão associada a administração quanto *estratégia*”, a conceitua da seguinte forma:

Estratégia é o conjunto de decisões fixadas em um plano ou emergentes do processo organizacional, que integra missão, objetivos e sequências de ações administrativas num todo interdependente. Portanto, estratégia tanto pode ser guias de ação definidos *a priori* o conjunto de resultados *a posteriori* produto de comportamentos organizacionais específicos. (MOTTA, 1995, p.82).

Ocorre que ela tem origem grega e sua origem está relacionada às atividades militares, pois a estratégia era vista com uma arte – a arte do generalato. O estrago ou estrategista era o comandante militar que formulava e projetava as manobras necessárias à consecução de um fim específico. Só passou a ser utilizada como arte da guerra após a Renascença, porque, até aí, resumia-se à função do generalato.

Maquiavel, segundo Motta (1995), propunha cálculos alternativos (estratégias) – baseados na história e em sua experiência – para prever acontecimentos e estabelecer regras de ação para o domínio político.

Ainda nas lições de Motta (1995), a transposição do conceito de estratégia do sentido militar para a administração serviu para qualificar a amplitude da perspectiva, em escopo e tempo, que se fazia necessária a um mundo de mudanças crescentes.

Com essa transposição, uma série de idéias e métodos de planejamento de operações militares, acumulados e construídos durante séculos de pensamento militar estratégico, puderam ser aplicados à gerência empresarial, sem desconsiderar que uma série de equívocos típicos de toda mera transposição de idéias também ocorreram.

O conceito de estratégia se popularizou no meio empresarial na década de 60, e a idéia de gerência estratégica veio a surgir na década de 70.

Bresser Pereira (1998) pondera que:

A administração pública gerencial emergiu, na segunda metade deste século, como resposta à crise do Estado; como modo de enfrentar a crise fiscal; como estratégia para reduzir o custo e tornar mais eficiente a

ENTRE ASPAS

administração dos imensos serviços que cabiam ao Estado; e como um instrumento para proteger o patrimônio público contra os interesses do *rent-seeking* da corrupção aberta. Mais especificamente, desde a década dos 60 ou, pelo menos, desde o início da década de 70, crescia uma insatisfação, amplamente disseminada, em relação à administração pública burocrática. (PEREIRA; SPINK, 1998, p.28).

Essa necessidade de estudar e aplicar a noção de estratégia ao ambiente da administração passou a ser sentida no momento em que se acentuava a velocidade das mudanças sociais, políticas e econômicas que definia o ambiente empresarial. Ao passo em que se modificava o contexto, por questões sociais, políticas ou até ambientais, profundas alterações repercutem no âmbito gerencial, devido à necessidade de ajustar os planos da organização à nova realidade, para que seus objetivos sejam alcançados.

3.2. A Gestão Pública Atual

Em tempos atuais, a gestão burocrática não se adéqua ao modelo de prestação da atividade jurisdicional desenhado pela sociedade, e modelado pelo Conselho Nacional de Justiça, seguindo a velocidade dos acontecimentos sociais, econômicos e políticos globais, porque a gestão burocrática fica engessada em procedimentos, sem considerar a alta ineficiência envolvida.

Ainda Pereira (1998) preconiza que:

Enquanto a administração pública burocrática é auto-referente, a administração pública gerencial é orientada para o cidadão. Como observa Barzelay (1992:8), “uma agência burocrática se concentra em suas próprias necessidades e perspectivas; uma agência orientada para o consumidor concentra-se nas necessidades e perspectivas do consumidor”. (PEREIRA; SPINK, 1998, p.29).

É Barzelay (2001) quem preenche um conceito de políticas de gestão pública moderno:

Políticas de gestão pública são meios autoritários destinados a orientar, condicionar e motivar o serviço público como um todo. Historicamente, os objetivos imediatos da política de gestão pública incluem os procedimentos para o pessoal do serviço público, planejamento organizacional de atividades, compra de suprimentos da indústria, desembolso de recursos públicos, alteração das estruturas organizacionais, e comunicação com o público e legislativo. (BARZELAY, 2001, p.06).

A gestão pública estratégica compreende uma rede de reivindicações, desde a solução de ambigüidades, incertezas, e conflitos em torno das prioridades da instituição, no caso o Poder Judiciário, a fim de especificar de antemão o que se pretende que seus servidores realizem dentro de um prazo determinado.

Ora, uma leitura rápida das resoluções do Conselho Nacional de Justiça, dos planos diretores dos Tribunais brasileiros, de suas declarações de missão, visão e valores permite

observar que os serviços do Poder Judiciário já não precisam ser mais auto-referentes, mas se orientar pela idéia de “serviço ao cidadão”. Afinal, o serviço público é público porque destinado ao público, ao cidadão.

Ademais, sugere-se que os sistemas centralizados de administração devem ser renovados para delegar responsabilidade, autoridade e *accountability*.

Exsurge a preocupação com o controle de resultados, definição de indicadores, medição de desempenho, qualidade do serviço, prestação de contas ao usuário (*rectius*: jurisdicionado), numa evidente absorção da idéia de *accountability*, de fácil compreensão, mas de difícil tradução.

4. Competências e Desafios do Gestor Estratégico

A preocupação com resultados, com a satisfação do usuário, com a prestação de contas à sociedade e com a qualidade dos serviços exige de Magistrados, servidores, da cúpula dos Tribunais competências ou talentos gerenciais indissociáveis do servidor público, por maior que seja a resistência à idéia de que todo servidor público é também gestor de suas competências.

Compreendidos assim os servidores públicos enquanto gerentes públicos de seus misteres, a sua obrigação é executar os objetivos de seus mandatos tão eficiente e efetivamente quanto possível.

Leciona Moore (2002), com clareza solar:

A sua obrigação é executar os objetivos dos mandatos tão eficiente e efetivamente quanto possível. Presume-se que disponham de conhecimentos técnicos substantivos na sua área de trabalho – que estejam a par dos principais programas operacionais que podem ser utilizados para produzir os resultados desejados e que saibam o que constitui qualidade e efetividade em suas ações. Também se espera que sejam administrativamente competentes – que sejam hábeis na criação de estruturas organizacionais e esquemas que possam orientar as organizações a atuar eficiente e efetivamente; que sejam responsáveis pelos recursos financeiros a eles confiados, de maneira que se possa comprovar que recursos públicos não estão sendo roubados, perdidos ou mal empregados. (MOORE, 2002, .41).

Os servidores públicos, sobretudo aqueles com funções gerenciais mais diretas, devem estar aptos a satisfazer às novas demandas, e não resistir-lhes, como se não existissem, porque acompanhar essas inovações é condição *sine qua non* para a modernização da instituição, sob pena de, agindo de forma diversa, fortalecer o anacronismo de que é tão criticado o Poder Judiciário.

Nesse particular, a lição de Moore é no sentido de que os gestores públicos sejam mais estrategistas do que técnicos. “Se preocupam, para fora, com o valor do que estão produzindo, como também para baixo, com a eficácia e com a adequação dos instrumentos”. (MOORE, 2002, .45).

Dessa forma será possível combater o mal tão odiado nos burocratas: voltar a gestão para os próprios interesses pessoais.

Seguindo nessa linha de raciocínio, Moore (2002) reserva a estratégia institucional,

com seu conteúdo político intrínseco, aos órgãos de cúpula, e apregoa que eles devem olhar para fora da instituição, no âmbito do mercado externo, mas também pensar dinâmica e estrategicamente, uma vez que têm que refletir sobre as chances de mudança do cenário, sobre como a instituição estará posicionada para explorar oportunidades que sejam previstas, ou para reagir a ameaças calculáveis, a exemplo da queda de arrecadação decorrente de crises financeiras mundiais, como tem ocorrido, bem como decidir sobre quais investimentos fortaleceriam sua posição futura.

Nessa concepção, o planejamento estratégico apresenta-se como um triângulo, que compreende ao mesmo tempo: estabelecer o propósito ou a missão da instituição; oferecer um levantamento das fontes de apoio e legitimidade que se empregarão para sustentar o compromisso com a sociedade; explicar como a instituição terá de se organizar e operar para cumprir os seus objetivos enunciados.

Para tanto, são indispensáveis liderança e apoio dentro da instituição, ou seja, que os gestores tenham capacidade operacional e apoio político para realizar os objetivos traçados pela instituição, porque caso haja objetivos atraentes, mas falte capacidade operacional, ou caso exista esta capacidade, mas falte apoio político, o plano de gestão estratégica, ou planejamento estratégico, como quer que se chame, não passará de breves e bonitas considerações acerca do Poder Judiciário que se pretende alcançar, mas estará muito distante de ganhar corpo e matéria enquanto realização possível.

Assim, Moore (2002) conclui bem a missão da gestão estratégica e seu desafio:

Definir o conceito de valor público, de maneira um pouco independente do apoio político e legitimidade da organização e na sugestão de que técnicas analíticas, como avaliação de programas e análise custo-benefício, têm papel importante a desempenhar, auxiliando os gerentes a localizar e a reconhecer a criação de valor público. (MOORE, 2002, .114).

Fala-se, hoje, em Competências Transversais dos Gestores, que demandam dos Juízes e demais encarregados da gestão do Judiciário conhecimentos de tecnologia da informação, por exemplo, que podem ser de caráter transversal. Uma outra competência transversal é o atendimento ao cliente, o domínio da língua portuguesa e da redação oficial, ou noções básicas de direito, meio ambiente, segurança da informação e assim por diante.

Segundo esse raciocínio, tomando-se como exemplo os desafios gerenciais, estudos teóricos e experiências de empresas e organizações públicas vêm apontando a transversalidade de algumas competências, especialmente daquelas cujos conhecimentos, habilidades e atitudes tornam-se cada vez mais valorizados e aplicados no ambiente global das organizações.

Para ser mais abrangente: todas as pessoas deveriam ter determinadas competências desenvolvidas, para aumentar suas possibilidades de obter bons resultados na vida pessoal e profissional como Comunicação, Liderança, Empreendedorismo, Negociação, Mobilização de Equipes, e outras.

5. Desafios para a Gestão do Judiciário

O Poder Judiciário está sendo desafiado constantemente a sair do insulamento que tanto distancia dos jurisdicionados e da população em geral, a combater o anacronismo, a

modernizar-se, a fim de prestar serviços ótimos, eficazes e efetivos, a buscar alternativas gerenciais modernas para problemas antigos, que passam por estratégias institucionais.

Prova disso é que, em evento ocorrido no mês de novembro de 2009, na cidade de São Paulo, organizado pela Associação de Magistrados Brasileiros, para discutir a Gestão Democrática do Poder Judiciário, as principais sugestões apresentadas pelos debatedores giraram em torno da gestão.

No rol dessas medidas elencadas na cartilha do planejamento estratégico do Judiciário, lançada pela AMB, referida acima, tem-se:

1. estratégico e técnicas alternativas de solução de conflitos, referidos pelo Min. Luis Felipe Salomão e pela Min. Fátima Nanci Andriighi. Planejar para gastar bem, além de fiscalizar a execução do planejamento no âmbito estratégico e tático;
2. Gestão pessoas ou administração de recursos humanos – que consiste em uma associação de habilidades e métodos, políticas, técnicas e práticas definidas com objetivo administrar os comportamentos internos e potencializar o capital humano. Desenvolvimento de competências gerenciais; capacitação-educação preparatória e continuada, além da implantação de um processo de seleção, avaliação de desempenho, no sentido de, também, afastar o clientelismo e a deferência do servidor ao superior, que tanto prejudica os serviços judiciários;
3. Maior participação dos Magistrados na elaboração e na distribuição do orçamento (sendo relevante consignar que a pesquisa constatou que 99% dos Magistrados desconhecem os recursos previstos para suas unidades no orçamento dos Tribunais;
4. Transparência em termos totais;
5. Estabelecimento de metas para as unidades judiciais;
6. Criação dos Juizados Especiais de Fazenda Pública, proposta pelo Min. Gilmar Mendes, que já estão sendo instalados;
7. Separação de atos administrativos de gestão dos atos institucionais; o embate de idéias dos administradores e não de seus currículos em disputas internas; e a necessidade de criação de um Conselho voltado exclusivamente para a Justiça Estadual.

O elenco acima não é conclusivo, tampouco esgota todos os desafios que o Poder Judiciário encontra. Todavia sinaliza que o Poder Judiciário passa por um momento de necessária reflexão quanto ao seu papel político dentro do sistema presidencial adotado pela Constituição Federal, bem como quanto ao seu desempenho enquanto instituição encarregada da distribuição da justiça.

Sadek (2004) pondera que a justiça transformou-se em questão percebida como problemática por amplos setores da população, da classe política e dos operadores do Direito, passando a constar da agenda de reformas; tem diminuído consideravelmente o grau de tolerância com a baixa eficiência do sistema judicial e, simultaneamente, aumentado a corrosão no prestígio do Judiciário.

Prossegue afirmando que a peculiaridade do caso brasileiro está na magnitude dos

sintomas, indicando a necessidade de reformas, que possam conduzir à superação da incapacidade do Judiciário em responder à crescente demanda por justiça.

Segundo dados do Conselho Nacional de Justiça, observa-se que no ano de 2007 tramitaram no Poder Judiciário brasileiro cerca de 68.000.000 de ações, o que representava mais de uma demanda para cada 2,5 habitantes.

A partir dessa constatação, o presidente do CNJ à época defendeu que, se não houver uma revisão da práxis judicializante, ou seja, se não for combatida essa tendência à multiplicação qualitativa e quantitativa das ações, em breve não haverá estrutura possível para a prestação jurisdicional que se exige no País.

Percebe-se a necessidade de propostas capazes de combater a velha mentalidade de que, no Brasil, o reconhecimento e a concretização de direitos só se dá por meio judicial, porque a judicialização pura e simples, por excessiva, além de se afigurar como uma das causas da morosidade processual, acaba desaguando no conhecido círculo vicioso em que mais processos demandam mais juízes, mais cargos, maior infra-estrutura e, assim, infundáveis recursos a fim de manter, sempre em exponencial inchaço, a máquina administrativa necessária para fazer frente a atividades que deveria ser meio de pacificação social, nunca um fim em si mesma.

Nesse contexto, o desafio da gestão pública para o Poder Judiciário assenta na adoção de medidas para simplificar procedimentos, combater a multiplicação das ações, dotar a máquina administrativa de maior operacionalidade, para o que se revelam necessárias ações atinentes à gestão de pessoas e de processos, tecnologia da informação e infra estrutura, gestão do conhecimento, transparência, eficiência, compromisso com a coisa pública e racionalização dos investimentos, além da moralização e combate à improbidade.

Não é demais seguir o magistério de Santos (2007), quando fala que o número de ações em andamento revela que há justiça demais e justiça de menos, devido a uma demanda suprimida, razão pela qual há muitos demandando pouco e poucos demandando muito, e qualquer coisa nesse sentido seria um arremedo de justiça, cujo desafio de democratização o Judiciário terá que enfrentar.

5.1. Do (Des)Compasso entre os Serviços Oferecidos e as Necessidades e Expectativas dos Usuários

A considerar que o Poder Judiciário é estigmatizado por anacrônico e formal, dir-se-á que não haveria compasso entre os serviços oferecidos e a expectativa dos usuários.

A complexidade e diversidade dos serviços judiciários, de alguma forma, dificulta que sejam continuamente adaptados às necessidades dos usuários, sobretudo diante da velocidade das mudanças e avanços tecnológicos, que imprimem velocidade expressiva às mudanças.

Há quem diga que, enquanto algo novo, ou uma demanda, está surgindo, outro mais novo, melhor aperfeiçoada também vai sendo criado, propositadamente, de modo que uma inovação já nasce caminhando para se tornar obsoleta.

É forçoso reconhecer que as organizações em geral enfrentam o desgastante desafio de acompanhar o ritmo acelerado das inovações do mundo moderno, mas seria injusto dizer que o Poder Judiciário não acompanha, i.e., não se adapta às novas necessidades diárias de seus jurisdicionados.

O cliente, ou usuário do Judiciário, é o jurisdicionado. Esse usuário produz demandas às quais a instituição tem que se adaptar.

Embora não seja possível acompanhar o ritmo da mudança das necessidades, o Judiciário se tem esforçado para alcançá-las. Ora o alcance é tardio, ora é satisfatório.

Hoje, vê-se que o Judiciário já está mais preocupado com a *accountability*, com a satisfação do jurisdicionado, com a adoção de sistemas mais simples e procedimentos desburocratizados, com a padronização de rotinas.

Embora ainda não se possa identificar um movimento de adaptação contínua do Poder Judiciário às necessidades dos jurisdicionados, pode-se afirmar, sem dúvida, que existe uma postura ativa em busca da modernização, e da satisfação desse cliente.

6. Conclusão

A boa gestão organizacional, além dos indispensáveis atributos emocionais (inteligência emocional), também requer método, disciplina e ferramentas gerenciais. No entanto, a maioria dos administradores insiste em “gerenciar” usando apenas o “bom senso”.

A idéia de gestão no contexto do Poder Judiciário Brasileiro, já ganhou assento definitivo na ponta dos debates envolvendo esse segmento do poder estatal.

Todo aquele que, de qualquer modo ou forma, ocupar-se de discussões envolvendo o Judiciário, deve ter em vista a necessidade de dedicar parte da pauta dos debates ao tema relacionado à gestão.

O Poder Judiciário Brasileiro e, por conseqüência, os Juízes, tem uma elevadíssima carga de trabalho e uma produção correspondente a tal volume, no entanto, não existe o equivalente reconhecimento.

Eis que o Magistrado brasileiro vive um paradoxo doloroso: possui uma das mais elevadas cargas de trabalho do mundo, mas falta o reconhecimento do jurisdicionado, que, geralmente, atribui a morosidade da Justiça ao Magistrado.

O Poder Judiciário soluciona incontáveis conflitos. No entanto parece que o conflito que lhe diz respeito e que envolve sua imagem e credibilidade não se resolve.

Sem dúvida que muito desse dilema é fruto da ausência de uma verdadeira política de gestão, destinada a fazer frente às dificuldades e carências do Poder, como também a tornar evidentes e a difundir suas virtudes.

A gestão do Poder Judiciário passa pela abordagem de questões internas da entidade, relacionadas a procedimentos, métodos e práticas, bem como para a solução de desafios emergenciais, em detrimento do que é verdadeiramente de caráter estratégico, mas também para temas externos, concernentes a segmentos da vida social com os quais o Judiciário necessariamente deve se relacionar.

Organismos estatais como Ministério Público, Defensoria Pública, Polícia, Poderes Executivo e Legislativo; organismos da sociedade organizada como Igrejas, ONGS, Partidos Políticos, associações e por fim, temas como meio ambiente, proteção às minorias, universalização de serviços devem estar na ordem do dia da atividade e do planejamento das instituições judiciárias, verdadeiro padrão de *accountability* a esses e outros estratos da sociedade.

Na perspectiva das questões internas, ressalta-se a necessidade de simplificação de técnicas, procedimentos e métodos de ação, além do desenvolvimento e implementação de sistemas informatizados, criando-se verdadeira cultura da consciência da instrumentalidade da atividade judicial. Uma política de gestão judiciária se mostra essencial à realização desses objetivos.

Nessa senda, diante dos reclamos decorrentes da morosidade da Justiça, exsurge uma

preocupação constante com o desempenho dos Magistrados e das unidades judiciárias, hoje tão explorados na mídia, embora a autogestão tenha sido conquistada desde a Constituição vintenária. Todavia, a profissionalização dos serviços judiciais não acompanhou a velocidade dos avanços tecnológicos, ou as pretensões da Reforma do Judiciário ocorrida em 2004.

Referências

BARZELAY, Michael. *The new public management*. University of California Press, 2001.

CALVACANTI, Bianor Scelza e OTERO, Roberto Bevilacqua. *Novos padrões gerenciais no setor público: medidas do Governo Americano orientadas para desempenho e resultados*. Brasília: ENAP, 1997.

CHIAVENATO, Idalberto. *Gestão De Pessoas: o novo papel dos recursos humanos nas organizações*. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

MOORE, Mark H. *Criando valor público: gestão estratégica no governo*. Rio de Janeiro: Uniletras; Brasília: ENAP, 2002.

MOTTA, Paulo Roberto. *A ciência e a arte de ser dirigente*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Record, 1995.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; SPINK, Peter. *Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial*. Rio de Janeiro: Editora Fundação Getúlio Vargas, 1998.

SADEK, Maria Tereza Aina. *Poder Judiciário: perspectivas de Reforma*. In: Opinião Pública. Campinas, 2004, v. X, n° 1, Maio.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da Justiça*. 2.ed. São Paulo: Cortez, 2007. Cartilha do Planejamento Estratégico do Judiciário. Disponível em: www.amb.org.br. Acesso: 28 abr.2010.



ARTIGOS SOBRE DIREITO CIVIL

DOAÇÃO ENTRE CÔNJUGES¹

Prof. Pablo Stolze Gagliano

Juiz de Direito. Mestre em Direito Civil pela PUC-SP. Pós-Graduado em Direito Civil pela Fundação Faculdade de Direito da Bahia. Professor de Direito Civil da Universidade Federal da Bahia e da Rede de Ensino LFG.. Co-autor das obras “Novo Curso de Direito Civil” e “O Novo Divórcio” (Saraiva).

1. Introdução

Na vida acadêmica ou profissional, é muito comum depararmo-nos com uma pergunta aparentemente simples, mas que merece detida atenção: “pode haver doação entre cônjuges, na constância do casamento?”.

Para o adequado entendimento desse tópico, reputamos necessária uma breve introdução acerca do sistema legal em vigor referente aos regimes de bens disponíveis, com ênfase nos aspectos inovadores consagrados na codificação de 2002².

Como se sabe, segundo o sistema do revogado Código de 1916, os nubentes tinham, à sua disposição, quatro regimes de bens, podendo livremente escolhê-los, por meio do pacto antenupcial, e desde que não houvesse causa para a imposição do regime legal de separação obrigatória (art. 258, parágrafo único).

Esses regimes, de todos conhecidos, eram os de: comunhão universal, comunhão parcial, dotal, e separação absoluta.

Afastada a aplicabilidade social do regime dotal, que já não correspondia aos anseios da sociedade brasileira, tínhamos a subsistência dos outros três, sendo que, em geral, as partes não cuidavam de escolher previamente um regime, oportunizando a incidência da regra legal supletiva do referente ao regime da comunhão parcial.

A partir do casamento, pois, até a entrada em vigor do Código novo, firmava-se a imutabilidade do regime escolhido, nos termos do art. 230 do Estatuto revogado.

O que se disse até aqui não é novidade.

O Código Civil de 2002, por sua vez, ao disciplinar o direito patrimonial no casamento, alterou profundamente essas regras, historicamente assentadas em nosso cenário jurídico nacional.

Revogou, por exemplo, as normas do regime dotal (o que já não era sem tempo), adotando uma nova modalidade de regime, que passaria a coexistir com os demais, o denominado regime de participação final nos aqüestos (arts. 1.672 a 1.686).

Comentando esse novo instituto, SÍLVIO DE SALVO VENOSA, pondera que

é muito provável que esse regime não se adapte ao gosto de nossa sociedade. Por si só verifica-se que se trata de estrutura complexa,

disciplinada por nada menos do que 15 artigos, com inúmeras particularidades. Não se destina, evidentemente, à grande maioria da população brasileira, de baixa renda e de pouca cultura. Não bastasse isso, embora não seja dado ao jurista raciocinar sobre fraudes, esse regime fica sujeito a vicissitudes e abrirá campo vasto ao cônjuge de má fé³.

Nesse novo regime, cada cônjuge possui patrimônio próprio (como no regime da separação), cabendo, todavia, à época da dissolução da sociedade conjugal, direito à metade dos bens adquiridos pelo casal, a título oneroso, na constância do casamento (art. 1.672).

Embora se assemelhe ao regime da comunhão parcial, não há identidade, uma vez que, neste último, entram também na comunhão os bens adquiridos por apenas um dos cônjuges, e, da mesma forma, determinados valores, havidos por fato eventual (a exemplo do dinheiro proveniente de loteria).

No regime de participação final, por sua vez, apenas os bens adquiridos a título oneroso, por ambos os cônjuges, serão partilhados quando da dissolução da sociedade, permanecendo, no patrimônio pessoal de cada um, todos os outros bens que cada cônjuge, separadamente, possuía ao casar, ou aqueles por ele adquiridos, a qualquer título, no curso do casamento.

Outra modificação legislativa chama ainda a nossa atenção.

Subvertendo o tradicional princípio da imutabilidade do regime de bens, o Código de 2002, em seu art. 1.639, § 2º, admite a alteração do regime, no curso do casamento, mediante autorização judicial, em pedido motivado de ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões invocadas, e ressalvados os direitos de terceiros.

Não cabendo aqui a análise pormenorizada desse dispositivo, ressaltamos apenas que tal pleito deverá ser formulado no bojo de procedimento de jurisdição graciosa, com a necessária intervenção do Ministério Público, a fim de que o juiz da Vara de Família avalie a conveniência e a razoabilidade da mudança, que se efetivará mediante a concessão de alvará de autorização, seguindo-se a necessária expedição de mandado de averbação.

Entretanto, feitas tais ponderações, uma indagação se impõe: terão direito à alteração de regime as pessoas casadas antes do Código de 2002?

Essa indagação reveste-se ainda de maior importância quando consideramos o princípio da irretroatividade das leis, e, sobretudo, o fato de o próprio Código novo estabelecer, em seu art. 2.039, que: *o regime de bens nos casamentos celebrados na vigência do Código Civil anterior, Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916, é o por ele estabelecido.* (grifos nossos)

Uma primeira interpretação conduz-nos à conclusão de que os matrimônios contraídos na vigência do Código de 1916 não admitiriam a incidência da lei nova, razão por que esses consortes não poderiam pleitear a modificação do regime.

Não concordamos, todavia, com esse entendimento.

Em nossa opinião, o regime de bens consiste em uma instituição patrimonial de eficácia continuada, gerando efeitos durante todo o tempo de subsistência da sociedade conjugal, até a sua dissolução. Dessa forma, mesmo casados antes de 11 de janeiro de 2003 – data da entrada em vigor do novo código –, os cônjuges poderiam pleitear a modificação do regime, já que os seus efeitos jurídico-patrimoniais adentrariam a incidência do novo diploma, submetendo-se às suas normas.

Raciocínio contrário coroar a injustiça de admitir a modificação do regime de bens de pessoas que se uniram matrimonialmente um dia após a vigência da lei, negando-se o mesmo direito aos casais que se hajam unido um dia antes.

A jurisprudência brasileira, por seu turno, já se manifestou a respeito do tema, firmando

posicionamento correto, ao permitir a mudança do regime de bens para casamentos anteriores, consoante podemos observar da análise dos seguintes acórdãos, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, e, também, do próprio Superior Tribunal de Justiça:

REGISTRO CIVIL. REGIME DE BENS. ALTERAÇÃO. REQUISISTOS. CASAMENTO CELEBRADO SOB A ÉGIDE DO CÓDIGO CIVIL DE 1916. POSSIBILIDADE. O art. 2.039, constante das disposições finais e transitórias do Código Civil, em vigor não impede a mudança do regime de bens para casamentos celebrados na vigência do Código Civil de 1916. Ao dispor que *o regime de bens nos casamentos celebrados na vigência do Código Civil anterior (...) é o por ele estabelecido*, claramente visa a norma resguardar o direito adquirido e o ato jurídico perfeito. Isso porque ocorreram diversas modificações nas regras próprias de cada um dos regimes de bens normatizados no Código de 2002 em relação aos mesmos regimes no Código de 1916, e, assim, a alteração decorrente de lei posterior viria a malferir esses cânones constitucionais. NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME (TJRS, 7ª Câm. Cív., AC 70010230324, Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos).

CIVIL. REGIME MATRIMONIAL DE BENS. ALTERAÇÃO JUDICIAL. CASAMENTO OCORRIDO SOB A ÉGIDE DO CC/1916 (LEI N. 3.071). POSSIBILIDADE. ART. 2.039 DO CC/2002 (LEI N. 10.406). CORRENTES DOUTRINÁRIAS. ART. 1.639, § 2º, C/C O ART. 2.035 DO CC/2002. NORMA GERAL DE APLICAÇÃO IMEDIATA.

1 – Apresenta-se razoável, in casu, não considerar o art. 2.039 do CC/2002 como óbice à aplicação de norma geral, constante do art. 1.639, § 2º, do CC/2002, concernente à alteração incidental de regime de bens nos casamentos ocorridos sob a égide do CC/1916, desde que ressalvados os direitos de terceiros e apuradas as razões invocadas pelos cônjuges para tal pedido, não havendo que se falar em retroatividade legal, vedada nos termos do art. 5º, XXXVI, da CF/88, mas, ao revés, nos termos do art. 2.035 do CC/2002, em aplicação de norma geral com efeitos imediatos.

2 – Recurso conhecido e provido pela alínea “a” para, admitindo-se a possibilidade de alteração do regime de bens adotado por ocasião de matrimônio realizado sob o pálio do CC/1916, determinar o retorno dos autos às instâncias ordinárias a fim de que procedam à análise do pedido, nos termos do art. 1.639, § 2º, do CC/2002 (STJ, 4ª T., REsp 730.546/MG, Rel. Min. Jorge Scartezzini, j. 23-8-2005, DJ, 3-10-2005, p. 279).

Feitas tais considerações introdutórias, passemos a enfrentar a instigante questão da doação entre cônjuges em nosso sistema.

2. Compra e Venda entre Cônjuges

Existe, sobre o contrato de compra e venda, expressa disposição legal no sentido de considerar lícita a venda entre cônjuges, *apenas no que tange aos bens excluídos da comunhão* (art. 499).

Pode-se indagar o porquê de o legislador cuidar de uma situação aparentemente óbvia, uma vez que não existiria razão plausível para negar a venda entre os consortes de bens integrantes do patrimônio pessoal do marido ou da esposa.

Quer-se, em verdade, explicitando essa regra, evitar burla ou fraude ao regime de bens no casamento, que poderia encontrar nessa via um meio de agredir o patrimônio comum ou as regras do regime de bens escolhido.

Aliás, no afã de coibir abuso patrimonial ou fraude no casamento também prevê, o novo Código, que marido e mulher, casados em comunhão universal ou separação obrigatória, não possam constituir nenhum tipo de sociedade (art. 977).

Trata-se de norma proibitiva, em nosso sentir, de uma infelicidade manifesta, não apenas por firmar uma absurda “presunção de fraude” – pois toda fraude deve ser demonstrada – mas especialmente por manchar-se pelo vício da inconstitucionalidade por afronta ao princípio da isonomia.

Comentando esse dispositivo, tivemos a oportunidade de anotar:

... uma primeira interpretação do Código conduz à idéia de que a sociedade formada com a presença de marido e mulher, desde que casados sob o regime da comunhão universal ou da separação obrigatória, tem o prazo de um ano para ter o seu contrato social modificado, com a saída de um ou de outro, e o ingresso de um terceiro, sob pena de ser considerada ineficaz.

A impressão que se tem é de que a lei teria ‘oficializado a figura do laranja’. Tudo isso porque, inadvertidamente, o legislador firmou uma espécie de ‘presunção de fraude’ pelo simples fato de os consortes constituírem sociedade, impondo-lhes o desfazimento da sociedade, se forem casados sob os regimes referidos pelo art. 977.

Não concordamos com essa postura.

A condição de casados, por si só, ou a adoção deste ou daquele regime, não poderia interferir na formação de uma sociedade, sob o argumento da existência de fraude.

Toda fraude deve ser apreciada *in concreto*, e não segundo critérios *apriorísticos* injustificadamente criados pelo legislador.

O que dizer, então, daquela sociedade formada há anos por pessoas casadas em regime de comunhão universal de bens?

Desfazer-se da empresa?

Providenciar um substituto às pressas?

Em nosso entendimento, a solução está na alteração do regime de bens, desde que não haja prejuízo a terceiros de boa fé, especialmente os credores.

Como sabemos, o art. 1.639, § 2º, admite a ‘alteração do regime, no curso do casamento, mediante autorização judicial, em pedido motivado de ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões invocadas, e ressaltados os direitos de terceiros’.

Já defendemos, aliás, que, a despeito de o art. 2.039 determinar que ‘o regime de bens nos casamentos celebrados na vigência do Código Civil anterior, Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916, é por ele

estabelecido’, esta regra apenas explicita que para os casamentos anteriores ao Código de 2002, o juiz, quando da separação ou do divórcio, não poderá lançar mão das regras do novo Código Civil referentes às espécies de regimes de bens (arts. 1.658 a 1.688), para efeito de partilhar o patrimônio do casal. Deverá, pois, aplicar ainda os dispositivos do Código de 1916 (arts. 262 a 311).

Entretanto, no que tange à sua modificação (inovação do Código de 2002 – art. 1.639), pelo fato de o regime de bens consistir em uma instituição patrimonial de eficácia continuada, gerando efeitos durante todo o tempo de subsistência da sociedade conjugal, até a sua dissolução, a alteração poderá ocorrer mesmo em face de matrimônios anteriores à nova lei.

Aliás, essa possibilidade de incidência do Código novo em face de atos jurídicos já consumados, mas de execução continuada ou diferida, apenas no que tange ao seu aspecto eficaz, não é surpresa, consoante se pode constatar da análise do art. 2035 do presente Código, referente aos contratos.

E note-se que mesmo as pessoas casadas sob o regime de separação obrigatória poderão, excepcionalmente, e desde que o juiz avalie a justa causa da medida, realizar a mudança do regime. Darei um exemplo. Imagine que dois jovens se casem por força de suprimento judicial (art. 1517, parágrafo único). Neste caso, o regime é o de separação obrigatória (art. 1641, III). Teria sentido, pois, à luz da mudança de paradigmas proposta pelo novo Código, que estas pessoas vivessem 40, 50 ou 60 anos unidos sob o intransponível regime da separação obrigatória? Ou não poderia o julgador, analisando com cautela o caso concreto, afastar a rigidez da norma e, sem prejuízo aos terceiros de boa-fé, permitir a modificação de regime?

Por tudo que se expôs, concluímos que, mesmo casados antes de 11 de janeiro de 2003 – data da entrada em vigor do novo Código –, os cônjuges poderiam pleitear a modificação do regime, eis que os seus efeitos jurídico-patrimoniais adentrariam a incidência do novo diploma, submetendo-se às suas normas.

Tal providência se nos afigura bastante útil especialmente para as centenas – senão milhares – de pessoas casadas sob o regime de comunhão universal e que hajam estabelecido sociedade comercial antes da entrada em vigor do novo Código.

É preciso, diante das perplexidades existentes em inúmeros pontos do novo diploma, que afastemos formalismos inúteis, visando imprimir plena eficácia à nova lei, sem prejuízo da dinâmica das relações econômicas, e, principalmente, dos ditames constitucionais, a exemplo da valorização social do trabalho e da livre iniciativa.

Por isso, defendemos a possibilidade da mudança do regime de bens, a critério do magistrado, a quem se incumbe a tarefa de avaliar, ouvido sempre o Ministério Público, em procedimento de jurisdição graciosa e com ampla publicidade, a conveniência da medida⁴.

3. Possibilidade Jurídica da Doação entre Cônjuges

Especificamente no que tange à doação, tomando de empréstimo o que dissemos a respeito da compra e venda, temos que é perfeitamente possível a doação entre os cônjuges, desde que a liberalidade não agrida o regime de bens escolhido, nem, muito menos, a legítima dos outros herdeiros necessários.⁵

Assim, casados, por exemplo, em comunhão parcial de bens, não vemos óbice a que o marido doe à esposa um imóvel adquirido por causa anterior ao casamento, bem este, como se sabe, não integrante da comunhão (art. 1.661).

Na mesma linha, se aplicável o regime da separação obrigatória (art. 1.641), não poderá a doação burlar a restrição legal que preserva, com os temperamentos da Súmula 377 do STF⁶, o patrimônio pessoal de cada cônjuge, consoante já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. COMPETÊNCIA DO MAGISTRADO DESIGNADO EM PORTARIA DA PRESIDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA PARA AUXILIAR EM VARA CÍVEL. POSSIBILIDADE DE PROFERIR SENTENÇA DURANTE AS FÉRIAS FORENSES, APESAR DE DESIGNADO PARA EXERCER SUAS FUNÇÕES EM VARA DIVERSA. CONVALIDAÇÃO POR PORTARIA SUPERVENIENTE QUE DETERMINA SEU RETORNO COMO AUXILIAR DA ANTERIOR VARA CÍVEL. DIREITO CIVIL. REGIME DE SEPARAÇÃO DE BENS. SEXAGENÁRIO. ART. 258, INCISO II DO CÓDIGO CIVIL. DOAÇÃO DE IMÓVEL AO CÔNJUGE. VIOLAÇÃO DE NORMA DE ORDEM PÚBLICA. NULIDADE. SIMULAÇÃO DE COMPRA E VENDA. CONTRATO DISSIMULADO DE DOAÇÃO. VÍCIO SOCIAL. ART. 104 DO CÓDIGO CIVIL. LEGITIMIDADE DO DOADOR, SEXAGENÁRIO, EM VIRTUDE DE DISPOSIÇÃO LEGAL DE NATUREZA PROTETIVA. FALTA DE CAPACIDADE ATIVA PARA PROCEDER À DOAÇÃO. AUSÊNCIA DE REQUISITO DE VALIDADE DO ATO JURÍDICO.

– A designação de magistrado para exercício em determinada serventia judicial é ato administrativo, que diz respeito à estrutura interna, não retirando a possibilidade de que naqueles processos nos quais o magistrado tivesse posto visto, anteriormente à designação para outra serventia judicial, fosse lançada sentença durante as férias forenses, não só porque a regra constitucional é a competência jurisdicional (não sua excepcionalidade), como pela convalidação por portaria superveniente, que determinou o retorno do magistrado às suas atividades na vara anterior.

– Viola o art. 258, inciso II do Código Civil a disposição patrimonial gratuita (simulação de contrato de compra e venda, encobrendo doação) que importe comunicação de bens não adquiridos por esforço comum, independente da natureza do negócio jurídico que importou em alteração na titularidade do bem, porque é obrigatório, no casamento do maior de sessenta anos, o regime obrigatório de separação quanto aos bens entre os cônjuges.

– Tratando-se de ato simulado malicioso, com infração de ordem pública, de natureza protetiva de uma das partes, esta – que pretendeu contornar a norma protetiva, instituída em seu favor, buscando renunciar o favor legal por via transversa – tem legitimidade para requerer sua declaração de nulidade.

– Há possibilidade jurídica no pedido de supressão da doação, ainda que esta não tenha sido feita por escritura pública, porque a causa de pedir é a invalidade do negócio jurídico que importou em transferência gratuita de bem imóvel, e, em consequência, de todos os atos que o compõem, violadores do regime obrigatório de separação de bens do sexagenário⁷. O fundamento jurídico da nulidade do contrato que importou em disposição patrimonial é o distanciamento, a burla, a contrariedade do regime do art. 258, II do Código Civil (3ª T., REsp 260.462/PR, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 17-4-2001, DJ, 11-6-2001, p. 205).

Peculiar é a situação da doação entre consortes cujas relações patrimoniais são regidas pela comunhão universal de bens, pois, por força da regra da comunicabilidade, ao adjudicar ao seu patrimônio o bem doado, o donatário culminará por admitir que o mesmo se agregue ao patrimônio comum, carecendo de sentido a liberalidade, como já decidiu o próprio Superior Tribunal de Justiça:

CIVIL. DOAÇÃO ENTRE CÔNJUGES. INCOMPATIBILIDADE COM O REGIME DA COMUNHÃO UNIVERSAL DE BENS. A DOAÇÃO ENTRE CÔNJUGES, NO REGIME DA COMUNHÃO UNIVERSAL DE BENS, É NULA, POR IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO SEU OBJETO (2ª Seção AR 310/PI, Rel. Min. Dias Trindade, j. 26-5-1993, DJ, 18-10-1993, p. 21828).

Finalmente, cumpre-nos lembrar ser muito comum, nos acordos de separação ou divórcio⁸, um cônjuge doar ao outro bens integrantes do seu próprio patrimônio, não havendo impedimento, pois, para que no curso do casamento, desde que respeitado o regime escolhido, possam fazer o mesmo.

Aliás, onde há a mesma razão, deverá haver o mesmo direito...

Em suma, podemos fixar como regra geral a admissibilidade da doação entre cônjuges, desde que a liberalidade não traduza afronta ao regime de bens, por ocorrência de simulação ou fraude à lei, nem, muito menos, viole a legítima dos demais herdeiros necessários (doação inoficiosa)⁹.

Notas

¹ Este artigo é fruto de nossa pesquisa quando da elaboração do projeto de dissertação apresentado no Mestrado em Direito das Relações Sociais (Direito Civil), na PUC-SP, e que se publicamos, pela Editora Saraiva, sob o título “O Contrato de Doação”, em que a matéria é desenvolvida e aprofundada, para o qual remetemos o leitor.

² GAGLIANO, Pablo Stolze. O impacto do novo Código Civil no regime de bens do casamento. Disponível em

<<http://www.novodireitocivil.com.br>> Acesso em 1º mar. 2006.

³ VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil – direito de família. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 191.

⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze. Sociedade formada por cônjuges e o novo Código Civil. Disponível em <<http://www.novodireitocivil.com.br>> Acesso em 1º mar. 2006. Ainda no que tange a sociedades anteriores, o Departamento Nacional do Registro do Comércio (DNRC), por meio de sua procuradoria jurídica, apresentou o Parecer Jurídico n. 125/03, no sentido de tal proibição somente se aplicar a sociedades constituídas após a entrada em vigor do Código novo. Todavia, não havendo ainda pronunciamento definitivo do Supremo Tribunal Federal, a mudança do regime de bens pode continuar servindo como última medida para tentar contornar a injustiça da norma prevista no art. 977.

⁵ Vale lembrar também ser vedada, a teor do art. 548 do CC, sob pena de nulidade, a denominada doação universal: a transferência gratuita de todos os bens do doador sem reserva de parte para a sua manutenção (patrimônio mínimo), na perspectiva de respeito à dignidade da pessoa humana (sobre o Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo e os seus efeitos jurídicos, conferir a obra de Luiz Edson Fachin, Ed. Renovar).

⁶ Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal: “No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento”.

⁷ Entendemos inconstitucional o dispositivo que impõe o regime de separação legal obrigatória aos maiores de 60 anos, não apenas por afronta ao princípio da razoabilidade (com esta idade, ou mesmo superior, pode-se presidir a República), mas, especialmente, por vulnerar a isonomia constitucional, criando uma limitação incompreensível para tais pessoas. E não se diga que o legislador pretendeu evitar o “golpe do baú”, pois, se esse fosse o argumento justificador da norma, chegar-se-ia à conclusão de que a lei viciou-se pelo elitismo, apenando a imensa maioria das pessoas que pretendem casar sem esse risco patrimonial. Nessa mesma linha de pensamento, ROLF MADALENO: “Em face do direito à igualdade e à liberdade ninguém pode ser discriminado em função do seu sexo ou da sua idade, como se fossem causas naturais de incapacidade civil” (Do regime de bens entre os cônjuges, in Direito de família e o novo Código Civil. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 191). Todavia, mantivemos a referência jurisprudencial por existir também no Código de 2002 (art. 1.641, II) dispositivo semelhante ao da lei revogada. Neste julgado mais recente, por fim, salientando a controvérsia em torno do tema, o STJ firmou posicionamento mais condizente com a tese da inconstitucionalidade: Processual civil. Recurso especial. Ação de conhecimento sob o rito ordinário. Casamento. Regime da separação legal de bens. Cônjuge com idade superior a sessenta anos. Doações realizadas por ele ao outro cônjuge na constância do matrimônio. Validade. - São válidas as doações promovidas, na constância do casamento, por cônjuges que contraíram matrimônio pelo regime da separação legal de bens, por três motivos: (i) o CC/16 não as veda, fazendo-no apenas com relação às doações antenupciais; (ii) o fundamento que justifica a restrição aos atos praticados por homens maiores de sessenta anos ou mulheres maiores que cinquenta, presente à época em que promulgado o CC/16, não mais se justificam nos dias de hoje, de modo que a manutenção de tais restrições representam ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana; (iii) nenhuma restrição seria imposta pela lei às referidas doações caso o doador não tivesse se casado com a donatária, de modo que o Código Civil, sob o pretexto de proteger o patrimônio dos cônjuges, acaba fomentando a união estável em detrimento do casamento, em ofensa ao art. 226, §3º, da Constituição Federal. Recurso especial não conhecido. (REsp 471.958/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 18/12/2008, DJe 18/02/2009)

⁸ Confira-se, no Superior Tribunal de Justiça (grifos nossos): “PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO, OBSCURIDADE, CONTRADIÇÃO, DÚVIDA OU FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO NO ACÓRDÃO RECORRIDO. MATÉRIA DE ÍNDOLE LOCAL E CUNHO CONSTITUCIONAL EXAMINADA NO TRIBUNAL A QUO. SÚMULA N. 280/STF. ANÁLISE DE ASPECTOS PROBANTES. MATÉRIA DE PROVA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 07/STJ. IMPOSSIBILIDADE DE APRECIACÃO DO APELO.

1) Agravo regimental contra decisão que desproveu o agravo de instrumento do agravante.

2) O acórdão a quo, em partilha de bens em separação consensual, concluiu por haver tributo a favor do Estado do Rio de Janeiro, por identificar, no ajuste feito entre os cônjuges, operação equiparada à doação.

3) Argumentos da decisão a quo que se apresentam claros e nítidos. Não dão lugar a omissões, obscuridades, dúvidas,

contradições ou ausência de fundamentação. O não acatamento das teses contidas no recurso não implica cerceamento de defesa, posto que ao julgador cabe apreciar a questão de acordo com o que ele entender atinente à lide. Não está obrigado o magistrado a julgar a questão posta a seu exame de acordo com o pleiteado pelas partes, mas sim com o seu livre convencimento (art. 131, do CPC), utilizando-se dos fatos, provas, jurisprudência, aspectos pertinentes ao tema e da legislação que entender aplicável ao caso.

4) Não obstante a interposição de embargos declaratórios, não são eles mero expediente para forçar o ingresso na instância extraordinária, se não houve omissão do acórdão a que deva ser suprida. Desnecessidade, no bojo da ação julgada, de se abordar, como suporte da decisão, dispositivos legais e/ou constitucionais. Inexiste ofensa aos arts. 515 e 535, do CPC, quando a matéria enfocada é devidamente abordada no voto do acórdão.

5) Não se conhece de recurso especial quando a decisão atacada baseou-se, como fundamento central, em matéria de cunho eminentemente constitucional.

6) Na via Especial não há campo para se revisar entendimento de segundo grau assentado em matéria de direito local, por inexistir ofensa à legislação federal (Súmula n. 280/STF).

7) Demonstrado, de modo evidente, que a procedência do pedido está rigorosamente vinculada ao exame das provas depositadas nos autos. Em sede de recurso especial não há campo para se revisar entendimento de segundo grau assentado em prova. A missão de tal recurso é, apenas, unificar a aplicação do direito federal, conforme disposto na Súmula n. 7/STJ.

8) Apesar de haver fundamento infraconstitucional, não prevalece este em detrimento da abordagem central de natureza constitucional e de cunho local.

9) O fato de este Tribunal já ter apreciado questões idênticas à dos presentes autos, não indica que, necessariamente, tenha que se analisar todas que ingressem nesta Corte, visto que, muitas delas, como a presente, envolvem debate eminentemente constitucional ou de direito local, o que, provavelmente, não ocorreu quando daqueles julgamentos.

10) Agravo regimental parcialmente provido” (1ª T., AgRg no Ag. 511.911/RJ, Rel. Min. José Delgado, j. 16-10-2003, DJ, 1º-12-2003, p. 269).

⁹ A denominada doação inoficiosa é aquela que traduz violação da legítima dos herdeiros necessários. Muito interessante, nesse particular, é a explicação semântica dada por AGOSTINHO ALVIM acerca da palavra “inoficiosa”: “O pai, que doar excessivamente a um dos filhos ou a um estranho, peca contra o estado de pai, o dever, o ofício de pai. Por isso, a doação é inoficiosa (in, prefixo negativo). E só por isso as Ordenações consideravam inoficiosas certas doações feitas pelo nubente ou entre marido e mulher (...) quando excessivas em relação aos filhos do primeiro casamento. Mesmo tendo em vista a origem da palavra (inofficiosus: que não cumpre os deveres), o uso jurídico não tem ampliado o termo a outros casos semelhantes, como ficou dito. Assim, não se chama inoficiosa a doação do cônjuge à concubina, embora contrarie o dever de marido” (Da Doação, 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1980, pág. 171). Por herdeiros necessários entenda-se aquela classe de sucessores que têm, por força de lei, direito à parte legítima da herança (50%): descendente, ascendente ou cônjuge (art. 1.845, CC).

CUMPRIMENTO DA SENTENÇA: O PRAZO DO ARTIGO 475-J, DO CPC

Ulysses Maynard Salgado

Especialista em Direito Processual pela Universidade Federal de Sergipe em convênio com a Universidade Federal de Santa Catarina em 2000, pela UNAMA/EMAB em 2008 e pela UNIDERP/EMAB em 2010. Juiz de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Irecê-BA. Rua Lafayette Coutinho, s/nº, Bairro Fórum, Irecê-BA, CEP 44.900-000. (74) 3641-3224. usalgado@tjba.jus.br

Resumo: Este trabalho pretende examinar a nova disciplina do cumprimento de sentença relativa à obrigação de pagar quantia certa, para estabelecer o termo inicial do prazo para incidência da multa de dez por cento decorrente do não adimplemento espontâneo pelo devedor, imposta pelo art. 475-J do Código de Processo Civil, acrescentado pela Lei nº 11.232/05. Inicia-se com um breve retrospecto das reformas do Código de Processo Civil e considerações sobre o novo paradigma do processo sincrético para os procedimentos executórios. Feitas considerações iniciais sobre a liquidação de sentença e as formas de execução, promove-se uma análise dos posicionamentos de três correntes na literatura jurídica, bem como demonstra-se a uniformização do entendimento do Superior Tribunal de Justiça sobre a matéria. Conclui-se que o termo inicial do prazo é a intimação do devedor, na pessoa do seu advogado, observadas as regras gerais dos arts. 184 e 241, do CPC, e também pela possibilidade de o juiz, de ofício, determinar aquela intimação.

Palavras-Chave: Cumprimento de sentença. Art. 475-J do CPC. Prazo. Termo inicial.

Abstract: This article intends to examine the new discipline about the execution of judicial sentence related to the obligation of a fixed amount payment, in order to establish the initial deadline to the application of a ten percent charge due to a not spontaneous accomplishment of payment by the debtor, imposed by the article 475-J of the Civil Procedural Code, added by the Law 11.232/05. It begins with a short retrospect of the reforms done in the Civil Procedural Code and considerations about the recent paradigm of syncretic procedure to the execution process. Made these first considerations about judicial sentence liquidation and the forms of execution, it promotes an analysis of the three main positions in the judicial literature, as well as it demonstrates the uniformity of understanding by the Superior Justice Tribunal about the matter. It concludes that the deadline's initial term is the debtor's summons, in the person of his or her lawyer, observed the general rules of the articles 184 and 241, of the Civil Procedural Code, and also the possibility of the judge, on his or her own, determines that summons.

Keywords: Execution of judicial sentence. Article 475-J of the Civil Procedural Code. Deadline. Initial term.

1. Introdução

A morosidade da prestação jurisdicional e a crise do Poder Judiciário são temas recorrentes em matérias nos meios de comunicação, bem como em estudos científicos.

O crescente número de demandas, a ampliação de acesso à justiça com a criação dos Juizados Especiais, o número insuficiente de magistrados e de funcionários, problemas orçamentários do Poder Judiciário, a lentidão do processo, a formalidade e a complexidade dos procedimentos, a previsão de um vasto sistema recursal são exemplos dos problemas que geram o quadro negativo da Justiça perante a sociedade e os meios de comunicação.

As inovações legislativas têm procurado solucionar o problema da morosidade do processo, principalmente, após a Emenda Constitucional nº 45/2004, assegurando a razoável duração do processo e os meios adequados que garantam a celeridade de sua tramitação (art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal), bem como a efetividade da prestação jurisdicional com a satisfação do direito tutelado.

Criaram-se mecanismos para acelerar o andamento do feito, seja através de tutelas de urgência, seja com procedimentos diferenciados para determinadas questões. Suprimiram-se artifícios processuais utilizados para protelar o feito. Instituiu-se o processo coletivo, além de se reforçar a conciliação e a solução extrajudicial do conflito, como a arbitragem.

O presente trabalho objetiva analisar uma das inovações processuais que buscam dar celeridade aos feitos e efetividade ao provimento jurisdicional instituída pela Lei nº 11.232/05, qual seja, o procedimento executivo para o cumprimento da sentença relativa à obrigação de pagar quantia certa e o prazo de quinze dias para pagamento espontâneo pelo devedor, cuja inobservância acarretará o acréscimo da multa de dez por cento sobre o valor do débito.

A relevância do estudo científico fica evidenciada por se tratar da última alteração quanto ao rito da execução de sentença no Código de Processo Civil, que também promoveu e continua promovendo discussões forenses com teses diferenciadas, em especial, no que diz respeito ao termo inicial do prazo previsto em seu art. 475-J. Aliás, qualifica-se o estudo em virtude de as discussões terem sido objeto de recursos junto aos Tribunais Superiores, havendo decisões divergentes nas turmas do Superior Tribunal de Justiça – STJ, que somente uniformizou seu entendimento, em votação majoritária, em 07 de abril de 2010, através de sua Corte Especial.

A elaboração deste artigo utilizou os métodos dedutivo e comparativo, além da técnica de pesquisa bibliográfica, dividindo-se em cinco seções.

Após um breve retrospecto das reformas do Código de Processo Civil que trouxe um novo paradigma através do processo sincrético para o procedimento executório, são feitas considerações sobre a liquidação de sentença e as formas de execução.

Ao analisar o atual procedimento para o cumprimento da sentença relativa à obrigação de pagar quantia certa e suas inovações, são apresentados os posicionamentos de três correntes na literatura jurídica e do Superior Tribunal de Justiça – STJ. Enfrentar-se-ão as controvérsias acerca do termo inicial do prazo do art. 475-J do CPC, bem como demonstrar-se-á a uniformização do entendimento do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema.

2. Reformas Processuais

As reformas do Processo Civil brasileiro realizadas nos últimos anos objetivaram criar novos mecanismos para a efetividade processual, associada à maior celeridade, em especial, à

satisfação do direito reconhecido judicialmente com a observância dos princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

A Emenda Constitucional nº 45/2004 deu nova redação ao art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal, assegurando a razoável duração do processo e os meios adequados que garantam a celeridade de sua tramitação. Esse princípio inovador não se limita apenas ao processo ou à fase de conhecimento, devendo abranger a satisfação do direito reconhecido por sentença judicial para lhe conferir a efetividade necessária à atividade jurisdicional.

O ordenamento jurídico prevê para a execução de títulos judiciais normas específicas a depender do tipo da obrigação: de fazer ou não fazer; de entrega de coisa e de pagar¹. Todas elas sofreram mudanças nas sucessivas reformas processuais para alcançar os objetivos já citados.

Há que se registrar a experiência com o art. 84 do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), quanto à tutela específica da obrigação de fazer ou não fazer. Em 1994, a Lei nº 8.952 alterou o art. 461, do CPC, ampliando a disciplina do rito executório próprio das obrigações de fazer ou não fazer. Em 2002, a Lei nº 10.444 acrescentou o art. 461-A, versando sobre a realização concreta do título executivo de obrigação de entrega de coisa² que não seja dinheiro³.

As mencionadas inovações legislativas simplificaram o procedimento para a execução das sentenças que determinam obrigação de fazer ou não fazer, bem como de entrega de coisa, denominada aquela sentença de mandamental e esta de executiva lato sensu⁴, a exemplo do que já ocorria com mandado de segurança e ações possessórias e despejo⁵.

Em 2005, a Lei nº 11.232 manteve inalteradas as regras próprias daquelas execuções de títulos judiciais (art. 461 e 461-A, do CPC), segundo previsão expressa do art. 475-I, do CPC. Por outro lado, a mesma lei promoveu significativa reforma do cumprimento da sentença quanto à obrigação de pagar quantia certa, com a realocação de seus dispositivos no CPC, a mudança conceitual de seus institutos e alteração algumas de suas expressões, estabelecendo-se um novo paradigma procedimental⁶.

Percebe-se que, embora persistam as regras específicas para a execução de cada tipo de obrigação, as gradativas mudanças trouxeram uma característica comum, a saber, o processo sincrético, antes restrito às execuções por desapossamento e transformação⁷.

3. Processo Sincrético

A busca do legislador reformista pela efetividade, satisfação concreta do direito reconhecido e simplificação dos ritos impôs uma mudança de paradigma da tutela jurisdicional executiva, abandonando o princípio da autonomia para adotar o princípio do sincretismo⁸.

A literatura jurídica tradicionalmente considerava que a atividade jurisdicional executiva demandava um “processo” autônomo, chamado de “processo de execução”, diverso dos demais tipos de “processo”, principalmente o “de conhecimento”⁹.

O Código de Processo Civil reflete aquele pensamento por estar dividido em livros identificados pelos respectivos processos: I – processo de conhecimento; II – processo de execução; III processo cautelar e IV – procedimentos especiais, sendo o V dedicado às disposições finais e transitórias¹⁰.

O princípio do sincretismo se opõe à idéia do princípio da autonomia, desde quando permite que um só processo realize a atividade de conhecimento e sua execução de forma contínua. As atividades de reconhecimento do direito e de sua realização concreta representam etapas ou fases de um mesmo processo.

Apesar da reconhecida relevância do princípio da autonomia para distinção entre as atividades jurisdicionais cognitiva, voltada ao reconhecimento do direito, e executiva, à realização do direito já declarado judicialmente, o momento atual do Processo Civil brasileiro não permite sua aplicação de forma estrita e rígida. Ao contrário, tornou-se cada vez mais frequente que a atividade jurisdicional de realização do direito ocorra de forma sucessiva e, algumas vezes, simultânea à de seu reconhecimento¹¹.

As reformas processuais já citadas apontam exatamente nesse sentido, promovendo-se a execução dos títulos judiciais através de um processo sincrético, independentemente da natureza da obrigação reconhecida¹².

Esse novo paradigma ensejou uma série de mudanças para a execução de sentença quanto à obrigação de pagar quantia certa.

A realocação de suas normas para o livro I, do Código de Processo Civil, em seu título VIII, mediante a criação do capítulo X, do cumprimento da sentença, contendo os arts. 475-I a 475-R, evidencia que os atos executórios ocorrerão no mesmo processo de conhecimento que condenou ao pagamento de quantia. O mesmo ocorreu com o procedimento de liquidação de sentença, acrescentando-se o capítulo IX, com os arts. 475-A a 475-H, por se tratar de incidente processual prévio e indispensável à execução das sentenças que não determinam o valor devido¹³.

Não se tratando de outro processo, suprimiu-se a citação e os embargos à execução, comunicando-se o devedor por intimação, que poderá se defender através de impugnação à execução.

Também foram necessárias adequações das expressões utilizadas, como ocorreu no art. 269, do CPC, não mais se tratando de “extinção do processo com julgamento do mérito”, mas sim “haverá resolução do mérito”¹⁴, uma vez que o processo continuará na fase de execução após a solução judicial do litígio.

4. O Novo Rito para Cumprimento da Sentença por Quantia Certa

A Lei nº 11.232/05 introduziu um novo modelo para a execução da sentença, denominado cumprimento de sentença, como se observa no capítulo X, do título VIII, do livro I, do Código de Processo Civil.

A nova denominação do capítulo deve ser tratada como sinônima da execução¹⁵, até porque o próprio art. 475-I, do CPC expressamente estabelece que aquele se dará por execução¹⁶.

Diante da necessidade de se analisar o novo rito para o cumprimento da sentença por quantia certa previsto no art. 475-J do CPC e seguintes, importante a transcrição do primeiro dispositivo:

Art. 475-J. Caso o devedor, condenado ao pagamento de quantia certa ou já fixada em liquidação, não o efetue no prazo de quinze dias, o montante da condenação será acrescido de multa no percentual de dez por cento e, a requerimento do credor e observado o disposto no art. 614, inciso II, desta Lei, expedir-se-á mandado de penhora e avaliação. § 1º Do auto de penhora e de avaliação será de imediato intimado o executado, na pessoa de seu advogado (arts. 236 e 237), ou, na falta deste, o seu representante legal, ou pessoalmente, por mandado ou pelo correio,

ENTRE ASPAS

podendo oferecer impugnação, querendo, no prazo de quinze dias.

§ 2º Caso o oficial não possa proceder à avaliação, por depender de conhecimentos especializados, o juiz, de imediato, nomeará avaliador, assinando-lhe breve prazo para a entrega do laudo.

§ 3º O exequente poderá, em seu requerimento, indicar desde logo os bens a serem penhorados.

§ 4º Efetuado o pagamento parcial no prazo previsto no caput deste artigo, a multa de dez por cento incidirá sobre o restante.

§ 5º Não sendo requerida a execução no prazo de seis meses, o juiz mandará arquivar os autos, se prejuízo de seu desarquivamento a pedido da parte¹⁷.

Como já foi ressaltado anteriormente, suprimiu-se a citação do devedor, ao tempo em que ficou expressamente estabelecido o prazo para o cumprimento espontâneo da sentença e o acréscimo de dez por cento após seu término. Por isso, essencial que se conheça o termo inicial e a forma de contagem daquele prazo, com breves considerações sobre a liquidação de sentença e as formas de execução.

4.1. Liquidação de Sentença

Considerando que se trata de obrigação de pagar dinheiro, pressupõe-se a liquidez do valor da obrigação por ter sido determinado na sentença ou mesmo apurado no incidente de liquidação, agora disciplinada nos arts. 475-A a 475-H, do CPC.

Embora tenha havido mudança conceitual da liquidação de sentença, por representar mais uma etapa do processo sincrético, além de topográfica no CPC, com a realocação para o capítulo IX, do título VIII, do seu livro I, foram, de modo geral, mantidas as regras anteriores sobre a matéria¹⁸.

Persiste a possibilidade de o credor promover a execução da parte líquida da sentença simultaneamente à liquidação da ilíquida (art. 475-I, do CPC). Mantiveram-se duas modalidades de liquidação: por arbitramento e por artigos (arts. 475-C e 475-F, do CPC).

No caso de a apuração do valor da condenação depender apenas de cálculo aritmético, o próprio credor elaborará a memória discriminada do cálculo, quando do requerimento da execução da sentença (art. 475-B, do CPC), dispensado o incidente de liquidação.

4.2. Execução Definitiva e Provisória

Assim como ocorreu com a liquidação de sentença, embora tenha havido alteração topográfica para o art. 475-I do CPC e mudança da redação da norma, continua a lógica de que a execução de sentença é definitiva quando esta é eficaz, não mais se sujeitando a recursos ordinários ou extraordinários (art. 467, do CPC).

Em contrapartida, será provisória a execução quando a sentença for impugnada por recurso ao qual não foi atribuído efeito suspensivo.

O presente trabalho adota o posicionamento de somente ser possível a imposição da multa do art. 475-J, do CPC na execução definitiva¹⁹. Sua imposição na execução provisória comprometeria o princípio constitucional do devido processo legal²⁰, diante a incompatibilidade

entre a satisfação do direito estimulada pela exclusão da multa e o exercício regular da via recursal. Por isso, a abordagem dos próximos tópicos será feita em relação à execução definitiva.

4.3. O Prazo para Incidência da Multa do Art. 475-J do CPC

Uma das principais novidades no rito do cumprimento da sentença transitada em julgado é a previsão expressa do prazo de quinze dias para que o devedor promova o pagamento espontâneo do débito.

Naturalmente, as novidades são objeto de análise de diversos estudos científicos e de discussões forenses, responsáveis pelo surgimento de correntes divergentes sobre o tema. Não foi diferente com o termo inicial daquele prazo de quinze dias, desde quando o art. 475-J do CPC não o identificou de forma direta e clara.

A discussão se qualifica ainda mais porque a inobservância do prazo acarreta o acréscimo de dez por cento sobre o débito. Consequentemente, surgiram as primeiras controvérsias entre os autores. Nos tribunais, houve divergência até mesmo no STJ, cujo posicionamento foi recentemente uniformizado, em votação majoritária, em 07 de abril de 2010, através de sua Corte Especial²¹.

4.3.1. Controvérsias na Literatura Jurídica

Necessário expor os argumentos dos autores acerca do tema, que se repetiram nos tribunais e repercutiram no posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, para concluir qual o procedimento adequado aos princípios do direito processual civil.

As interpretações verificadas na literatura jurídica podem ser condensadas em três correntes.

A primeira defende a imprescindibilidade de intimação pessoal do devedor para pagar o valor da condenação²². A segunda entende suficiente a intimação do advogado do devedor²³. A terceira sustenta que o prazo corre automaticamente com o trânsito em julgado, independentemente de qualquer tipo de intimação²⁴.

Há também variações da primeira e da segunda correntes, ao discutir sobre a imprescindibilidade de requerimento do credor e ainda com a juntada da memória do cálculo do débito para que haja a intimação capaz de iniciar a fluência daquele prazo.

Segundo Alexandre Freitas Câmara, tornando-se eficaz a sentença com seu trânsito em julgado, necessária a intimação pessoal do devedor para, no prazo de quinze dias, pagar o valor da condenação, conforme se vê no seguinte trecho:

Esta intimação é exigida para que corra o prazo por força do disposto no art. 240 do CPC, segundo o qual os prazos, salvo disposição em contrário, correm da intimação. Não havendo no art. 475-J do CPC a indicação de um termo inicial para o prazo de quinze dias, é imperioso que se aplique a regra geral, por força da qual os prazos correm a partir da intimação. Além disso, é de se considerar que a intimação far-se-á pessoalmente ao devedor em razão do próprio conceito de intimação, estabelecido pelo art. 234 do CPC. Segundo esse dispositivo, a intimação é o ato pelo qual se dá ciência a alguém dos atos e termos do processo,

ENTRE ASPAS

para que faça ou deixe de fazer alguma coisa. É evidente, pois, que o destinatário da intimação é aquele de quem se espera um determinado comportamento processual. No caso, **o comportamento esperado (pagar o valor da condenação) é da parte, e não de seu advogado**, razão pela qual é aquela, e não a este, que se deve dirigir a intimação. O não-pagamento no prazo de quinze dias implicará a incidência de multa de dez por cento sobre o valor da condenação (aí incluídos o principal e eventuais acessórios, como despesas processuais e honorários advocatícios)²⁵ (grifou-se).

Marcelo Abelha Rodrigues comunga do mesmo posicionamento, inclusive, cita o autor acima no que diz respeito ao ato processual ser destinado exclusivamente à parte. Outrossim, acrescenta uma justificativa de ordem prática:

Assim, primeiro, é preciso de intimação, porque não seria sensato admitir que a parte tivesse de acompanhar o exato momento de eficácia da decisão condenatória, bastando imaginar a confusão que seria se o prazo fluísse imediatamente da publicação do acórdão que manteve em parte a condenação imposta na sentença. Como o valor da condenação havia sido alterado, então teria o advogado de buscar o seu cliente para avisá-lo do prazo de quinze dias para cumprimento da decisão sob pena de multa²⁶.

No mesmo sentido, Dorival Renato Pavan por se tratar de ato voluntário do devedor, que refletirá sobre a conveniência e oportunidade, além de implicar restrição ao seu direito. Argumenta ainda:

Os poderes conferidos no artigo 38 do CPC e 5º, § 2º, da Lei 8.904/94 – Estatuto do Advogado – habilita o advogado a praticar, tão-somente, os atos do processo, como são os atos destinados a, por exemplo, ofertar impugnação à contestação, impugnar rol de testemunhas, recorrer, contrarrazoar recurso interposto pela outra parte, ofertar memoriais, debates orais, e ainda oferecer impugnação à pretensão de cumprimento de sentença (art. 475-J, § 1º), dentre outros atos de idêntica carga e natureza²⁷ (itálicos no original).

Já o entendimento de Cassio Scarpinella Bueno, embora idêntico ao de Alexandre Freitas Câmara acerca da aplicabilidade da regra geral do art. 240, do CPC, diante da omissão do art. 475-J, do mesmo diploma, diverge quanto à pessoa a ser intimada, já que não seria o próprio devedor, mas seu advogado. Merece destaque seu pensamento:

A intimação a que se referem os parágrafos anteriores deve ser feita ao advogado do devedor. Não há razão para entender que ela seja encaminhada para as partes diretamente, porque não há qualquer exigência neste sentido na lei processual civil, prevalecendo, destarte, a regra geral (v. n. 4.4.1 do Capítulo 3, da Parte I do vol. 1). Que o pagamento será feito pelo devedor e não pelo seu advogado é

entendimento irrecusável, mas ocorre que **importam para o art. 475-J os efeitos processuais deste pagamento** e não, apenas, sua ocorrência no plano material. Por isto, é irrecusável ver, neste ato, um ato processual e, conseqüentemente, um ato de postulação. **O advogado é, nos casos em que representa o seu constituinte em juízo**, verdadeira ligação entre o que ocorre no plano material e no plano processual. Trata-se de múnus ínsito à profissão, de inspiração, por isso mesmo constitucional (v. n. 4 do Capítulo 4 da Parte II do vol 1)²⁸ (itálicos no original) (grifou-se).

Há que se transcrever ainda o raciocínio do mesmo autor sobre a regra geral das intimações acima referida:

As intimações são dirigidas aos advogados ou às partes, consoante o caso. A melhor interpretação é que **a intimação dirigida diretamente às partes, contudo, só deve se justificar nos casos em que a lei expressamente a preveja**. Assim, por exemplo, nos casos em que há abandono da prática dos atos processuais (art. 267, II e III c/c §§ 1º e 2º); nos casos de depoimento pessoal (art. 343, § 1º); ou, ainda, quando a parte não tiver advogado constituído nos autos (arts. 652, § 4º e 687, § 5º). Nas demais hipóteses, na falta de lei expressa, em sentido contrário, deve prevalecer o entendimento de que a intimação, que é ato que envolve a prática de algum ato processual, deve ser dirigida a quem detém “capacidade postulatória” (v. n. 3.2.5, supra)²⁹ (grifou-se).

Athos Gusmão Carneiro é representante da terceira corrente que dispensa qualquer tipo de intimação, expondo: “Com a intimação da sentença, o réu está ciente do prazo em lei pra que cumpra a decisão e pague a quantia devida. Não o fazendo, estará inadimplente, e sujeito à incidência da multa”³⁰.

Humberto Theodoro Júnior e Ernane Fidélis dos Santos adotam uma posição intermediária entre a segunda e a terceira correntes. Na hipótese de o trânsito em julgado ter ocorrido no primeiro grau, defendem que o prazo corre automaticamente, já que “a sentença condenatória líquida, ou a decisão de liquidação da condenação genérica, abrem, por si só, o prazo de 15 dias para o pagamento do valor da prestação devida”³¹.

Por outro lado, os mesmos autores argumentam problemas de ordem prática com o retorno dos autos quando o trânsito em julgado ocorre nos tribunais em grau de recurso. Diante disso, exigem a intimação das partes, através de seu advogado, acerca do retorno dos autos para ter início aquele prazo de cumprimento espontâneo. Os trechos abaixo elucidam o posicionamento de cada um dos autores:

Vai haver, na prática, certa questão que merece a contemporização dos julgadores, quando o trânsito em julgado ocorrer nos tribunais. No comum, há certa demora e embaraços na baixa dos autos à comarca de origem, o que, principalmente para aqueles que não têm advogados acompanhando o processo em instâncias superiores, acontece com certa dificuldade no conhecimento do trânsito em julgado. Nesse caso, é de bom alvitre que o prazo de pagamento comece a correr após a descida

ENTRE ASPAS

dos autos, o que será noticiado na forma própria de intimação. Não se trata, evidentemente, de intimação para início da execução, mas apenas de notícia de que os autos baixaram e estão à disposição das partes, para os fins que entenderem necessários³².

É do trânsito em julgado que se conta dito prazo, pois é daí que a sentença se torna exequível. (...). Se o trânsito em julgado ocorre em instância superior (em grau de recurso), enquanto os autos não baixarem à instância de origem, o prazo de 15 dias não correrá, por embaraço judicial. Será contado a partir da intimação às partes da chegada do processo ao juízo da causa³³.

No tocantes às duas correntes que exigem a intimação da parte ou seu advogado para ter início o prazo, alguns autores defendem que esta pode ser determinada de ofício pelo juiz³⁴. Todavia, outros consideram imprescindível o requerimento do credor com memória do cálculo discriminada e atualizada do débito³⁵.

4.3.2. Uniformização do Entendimento pelo STJ

Nos tribunais, foram debatidas as mesmas correntes da literatura jurídica quanto ao termo inicial do prazo para aplicação da multa do art. 475-J, do CPC.

O Superior Tribunal de Justiça apreciou em várias oportunidades o tema através de suas Turmas de forma divergente, até que a Terceira Turma do STJ, em 25 de setembro de 2007, afetou a matéria à Corte Especial para promover sua uniformização³⁶.

Ultrapassados quatro anos da promulgação da Lei nº 11.232/05 e quase dois anos e meio de discussão, em 07 de abril de 2010, a Corte Especial do STJ uniformizou seu entendimento, mediante votação majoritária, de acordo com ementa abaixo:

PROCESSUAL CIVIL. LEI N. 11.232, DE 23.12.2005. CUMPRIMENTO DA SENTENÇA. EXECUÇÃO POR QUANTIA CERTA. JUÍZO COMPETENTE. ART. 475-P, INCISO II, E PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC. TERMO INICIAL DO PRAZO DE 15 DIAS. INTIMAÇÃO NA PESSOA DO ADVOGADO PELA PUBLICAÇÃO NA IMPRENSA OFICIAL. ART. 475-J DO CPC. MULTA. JUROS COMPENSATÓRIOS. INEXIGIBILIDADE.

1. O cumprimento da sentença não se efetiva de forma automática, ou seja, logo após o trânsito em julgado da decisão. De acordo com o art. 475-J combinado com os arts. 475-B e 614, II, todos do CPC, cabe ao credor o exercício de atos para o regular cumprimento da decisão condenatória, especialmente requerer ao juízo que dê ciência ao devedor sobre o montante apurado, consoante memória de cálculo discriminada e atualizada.
2. Na hipótese em que o trânsito em julgado da sentença condenatória com força de executiva (sentença executiva) ocorrer em sede de instância recursal (STF, STJ, TJ E TRF), após a baixa dos autos à Comarca de origem e a aposição do "cumpra-se" pelo juiz de primeiro grau, o devedor

haverá de ser intimado na pessoa do seu advogado, por publicação na imprensa oficial, para efetuar o pagamento no prazo de quinze dias, a partir de quando, caso não o efetue, passará a incidir sobre o montante da condenação, a multa de 10% (dez por cento) prevista no art. 475-J, caput, do Código de Processo Civil.

3. O juízo competente para o cumprimento da sentença em execução por quantia certa será aquele em que se processou a causa no Primeiro Grau de Jurisdição (art. 475-P, II, do CPC), ou em uma das opções que o credor poderá fazer a escolha, na forma do seu parágrafo único – local onde se encontram os bens sujeitos à expropriação ou o atual domicílio do executado.

4. Os juros compensatórios não são exigíveis ante a inexistência do prévio ajuste e a ausência de fixação na sentença.

5. Recurso especial conhecido e parcialmente provido³⁷ (grifou-se).

Todas as correntes foram devidamente expostas no item anterior.

Ressalta-se que prevaleceu o entendimento de que o termo inicial do prazo do art. 475-J, do CPC ocorre com a devida intimação do devedor, na pessoa de seu advogado.

Por outro lado, o STJ não menciona a possibilidade de o juiz determinar, de ofício, a intimação do devedor. Na realidade, sinaliza em sentido oposto, ao imputar ao credor o exercício de atos para o regular cumprimento da decisão condenatória, especialmente, requerer ao juízo que dê ciência ao devedor sobre o montante apurado, consoante memória de cálculo discriminada e atualizada.

4.3.3. Termo Inicial do Prazo

A solução para todos os questionamentos e controvérsias acima sobre o termo inicial do prazo deve ser amparada nos argumentos teóricos, sem prejuízo da ratificação pelos de ordem prática, sempre de acordo com os princípios constitucionais e infraconstitucionais do direito processual civil.

O art. 475-J do CPC não identificou o termo inicial do prazo de forma clara e direta. Na ausência de regra específica do dispositivo comentado, através de uma interpretação sistemática do CPC, há que se aplicar a regra geral de que os prazos serão contados da intimação, segundo seu art. 240³⁸.

Não há dúvidas da extrema celeridade que se teria com o início do prazo automaticamente após o trânsito em julgado, mas a interpretação acima não indica ter sido esta a vontade do legislador.

A intimação afasta o embargo processual mencionado pelos autores acima quanto ao retorno dos autos após o trânsito em julgado na instância superior ou mesmo por reforma da sentença.

A possibilidade de cumprimento espontâneo da sentença transitada em julgado não é novidade. No anterior processo autônomo de execução ou mesmo no atual processo sincrético, a pretensão executiva só tem início se aquele não ocorrer. Aliás, o revogado art. 570, do CPC conferia legitimidade ao devedor para propor a execução. A inovação decorre da multa de dez por cento pelo não cumprimento espontâneo e, por se tratar de uma restrição, justifica-se a mudança de procedimento no sentido de haver, agora, a intimação.

Solucionada a necessidade de intimação, surge o questionamento de quem deve ser

intimado, uma vez que o próprio CPC, no art. 234, define a intimação como o ato pelo qual se dá ciência a alguém, partes, advogados e terceiros (testemunhas, peritos e assistentes técnicos), dos atos e termos do processo, para que faça ou deixe de fazer alguma coisa.

Mais uma vez, diante da omissão do art. 475-J, do CPC, deve-se recorrer à disciplina da parte geral do código quanto às intimações. Em regra, as partes são intimadas dos atos processuais através de seus advogados, enquanto seus representantes legais no processo e detentores de capacidade postulatória (arts. 236 e 237, do CPC), ressalvadas as hipóteses expressamente previstas na legislação³⁹.

Destacam-se alguns exemplos citados por Cassio Scarpinella Bueno já transcritos acima⁴⁰: abandono da prática dos atos processuais (art. 267, II e III c/c §§ 1º e 2º); depoimento pessoal (art. 343, § 1º); ou quando a parte não tiver advogado constituído nos autos (arts. 652, § 4º, 687, § 5º e o próprio 475-J, § 1º).

O fato de a intimação objetivar o pagamento pelo devedor da quantia da condenação não é suficiente para exigir a intimação pessoal, por não ser essa a sistemática do CPC. A intimação do advogado é hábil para impor o pagamento, em caso de emenda da inicial, das custas iniciais (arts. 19 e 284), bem como das despesas processuais, como preparo de recursos e honorários periciais (art. 33).

O modelo anterior de execução da sentença justificava a necessidade de comunicação pessoal ao devedor, por se tratar exatamente de processo autônomo, o que demandava nova citação. Destarte, a intimação pessoal do devedor no modelo atual representaria mera alteração da forma de comunicação do ato, mas manteria a essência do início do rito executivo anterior, em desacordo com a intenção do legislador reformista.

Ressalva-se, porém, a hipótese de intimação pessoal do devedor, na falta de advogado constituído, a exemplo do revel que sequer constituiu advogado ou foi citado por edital. Ainda que represente o réu revel citado por edital, o curador especial não pode ser intimado para a finalidade de pagamento, já que sua atuação pressupõe, desde o início, o desconhecimento da localização da parte, que deverá ser intimada novamente por edital⁴¹.

Relevante ainda analisar que a intimação se fará na pessoa do advogado constituído no momento da sentença, independentemente de haver renúncia ou destituição logo após sua prolação.

Ernane Fidélis dos Santos expõe:

Ao contrário da antiga execução que se formava em processo autônomo, com necessidade de formação de nova relação processual, sem razão era a intimação do advogado, sendo obrigatória, necessariamente, a citação do devedor condenado. Agora, no entanto, o cumprimento do julgado é mero apêndice, prosseguimento do processo de conhecimento. Daí, se, no momento da sentença, houver advogado constituído, ainda que haja renúncia ao mandato ou destituição do procurador, a intimação será feita só a ele, a não ser que a representação se tenha extinguido por razões de força maior ou caso fortuito, como morte do representante ou cessação de sua capacidade postulatória. Em outras palavras, se o advogado renunciar ou for destituído após a sentença, sempre será ele o intimado, nas hipóteses previstas, para a fase procedimental do cumprimento da sentença⁴².

Reitera-se que o importante é que advogado esteja constituído no momento em da sentença

para possibilitar sua intimação capaz de iniciar o prazo de quinze dias do art. 475-J, do CPC.

Assim, evita-se que haja renúncia, destituição ou até mesmo limitação do mandato inicial até o término da fase de conhecimento, com a finalidade exclusiva de retardar o início do prazo do art. 475-J, do CPC. Consequentemente, estimula-se a boa-fé processual nessa etapa.

4.3.4. Intimação de Ofício ou Requerimento do Credor?

Outro ponto controvertido intrinsecamente relacionado ao prazo é sobre a possibilidade de o juiz, de ofício, determinar aquela intimação ou se é imprescindível o requerimento pelo credor⁴³.

A despeito da uniformização pelo Superior Tribunal de Justiça, não há prejuízo que a atividade executiva seja iniciada de ofício pelo julgador verificado o trânsito em julgado, uma vez que se trata da efetivação ou realização concreta da sentença que impõe a obrigação de pagar⁴⁴.

Nesse caso, a apuração do valor deverá ser feita pelo próprio devedor. A revogação do art. 570, do CPC, que legitimava o devedor para promover o processo de execução, em nada interfere na relação de direito material do devedor, a quem é facultada sua liberação (art. 334, do Código Civil).

A revogação do dispositivo sem norma correspondente na nova disciplina da matéria está relacionada com a simplificação do rito executório, mas não retira a iniciativa do devedor seja pelo oferecimento direto ao credor ou simples requerimento de depósito da dívida acompanhado da memória do cálculo por ele elaborado⁴⁵.

De qualquer forma, caso o cálculo elaborado pelo devedor seja inferior ao efetivamente devido, a multa recairá sobre o restante do débito, por força do art. 475-J, § 4º, do CPC.

Atente-se que o próprio art. 475-J, do CPC somente demanda requerimento do credor com memória discriminada e atualizada do cálculo para expedição do mandado de penhora e avaliação. A regra de arquivamento prevista no seu § 5º versa sobre o mesmo requerimento para se promover a penhora, o que não impede o anterior cumprimento espontâneo após intimação do devedor, ainda que determinada de ofício.

As mencionadas dificuldades do Poder Judiciário provavelmente representarão um obstáculo para a prática de tal medida, de ofício, pelo juiz antes de eventual requerimento do credor, interessado no imediato pagamento ou, não havendo, na contagem do prazo para obter o acréscimo de dez por cento pela omissão do devedor.

Por isso, recomendável que conste na própria sentença que, não havendo interposição de recurso, o advogado da parte vencida fica intimado para promover o pagamento espontâneo, no prazo de quinze dias após o trânsito em julgado, sob pena de incidência da multa de dez por cento, na forma do art. 475-J, do CPC.

Entretanto, essa medida não parece adequada para as hipóteses de interposição de recurso, uma vez que o novo julgamento poderá alterar a situação, total ou parcialmente, além de dificultar o cumprimento daquela decisão, espontaneamente ou não, enquanto os autos não retornarem da segunda instância.

Portanto, havendo recurso, devem ser intimadas as partes, através de seus advogados, acerca do retorno dos autos, ficando o devedor advertido do prazo de quinze dias para promover o pagamento espontâneo, sob pena de incidência da multa de dez por cento, na forma do art. 475-J, do CPC.

4.3.5. Início e Contagem do Prazo

Ocorrida a intimação do devedor, na pessoa de seu advogado, regra geral, pela publicação em órgão oficial. Realizada por qualquer outra forma, começa a correr o prazo na forma do art. 241, do CPC.

Em contrapartida, a contagem do prazo deverá ser realizada segundo o art. 184, do CPC, excluindo-se o dia do começo e incluindo o do vencimento, observadas as prorrogações para o dia útil seguinte quando o início ou o término coincidirem em dias sem expediente regular.

5. Considerações Finais

Após as sucessivas reformas processuais para simplificar o procedimento executório, a Lei nº 11.232/05 promoveu significativa mudança do cumprimento da sentença quanto à obrigação de pagar quantia certa, com a realocação de seus dispositivos no CPC, a mudança conceitual de seus institutos e alteração de algumas de suas expressões.

Com isso, estabeleceu-se um novo paradigma procedimental, a saber, o processo sincrético, no qual as atividades jurisdicionais de conhecimento e execução ocorrem de forma contínua e num mesmo processo.

Embora tenha havido mudança conceitual e topográfica da liquidação de sentença, foram, de modo geral, mantidas as regras anteriores sobre a matéria. Mantiveram-se duas modalidades de liquidação: por arbitramento e por artigos (arts. 475-C e 475-F), enquanto que compete ao próprio credor elaborar a memória discriminada e atualizada do cálculo, nos casos em que a apuração do valor da condenação depende apenas de cálculo aritmético.

Também não houve significativas mudanças quanto às formas de execução definitiva e provisória, limitando-se àquela a aplicação da multa do art. 475-J, do CPC.

Uma das principais novidades no rito do cumprimento da sentença transitada em julgado é a previsão expressa do prazo de quinze dias para que o devedor promova o pagamento espontâneo do débito.

Várias foram as divergências na literatura jurídica e nos tribunais sobre o termo inicial daquele prazo, que podem ser condensadas em três correntes. A primeira defende a imprescindibilidade de intimação pessoal do devedor para pagar o valor da condenação. A segunda entende suficiente a intimação do advogado do devedor. A terceira sustenta que o prazo corre automaticamente com o trânsito em julgado, independentemente de qualquer tipo de intimação.

Há também variações da primeira e da segunda correntes, ao exigir o requerimento do credor acompanhado da memória do cálculo do débito para que haja a intimação do devedor, em detrimento da possibilidade de o juiz determiná-la de ofício.

A Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, após quase dois anos e meio de discussão, em 07 de abril de 2010, uniformizou seu entendimento, mediante votação majoritária. Prevaleceu o entendimento de que o termo inicial do prazo do art. 475-J, do CPC ocorre com a devida intimação do devedor, na pessoa de seu advogado.

Por outro lado, o STJ não menciona a possibilidade de o juiz determinar, de ofício, a intimação do devedor. Na realidade, sinaliza em sentido oposto, ao imputar ao credor o exercício de atos para o regular cumprimento da decisão condenatória, especialmente, requerer ao juízo que dê ciência ao devedor sobre o montante apurado, consoante memória de cálculo discriminada e atualizada.

A solução para o termo inicial do prazo, na ausência de regra específica do art. 475-J, é aplicar a regra geral de que os prazos serão contados da intimação, segundo o art. 240, através de uma interpretação sistemática do CPC. A intimação afasta o embargo processual em virtude de o trânsito em julgado ter ocorrido na instância superior ou mesmo por reforma da sentença.

A possibilidade de cumprimento espontâneo já existia no modelo anterior através de processo autônomo de execução, impondo-se, no atual, a necessidade de intimação do devedor pelo surgimento da multa de dez por cento.

A mesma interpretação sistemática do CPC indica que a intimação do devedor deve ser feita na pessoa de seu advogado, conforme seu art. 234, pois somente nas hipóteses expressamente previstas na legislação deverá ser feita a intimação pessoal da parte. Destaca-se ainda que existem outros casos previstos no CPC em que o advogado é intimado para que a parte promova pagamento, como no caso das custas iniciais (arts. 19 e 284 do CPC) e das despesas processuais, como preparo de recursos e honorários periciais (art. 33 do CPC).

A despeito da uniformização pelo Superior Tribunal de Justiça, possível que, verificado o trânsito em julgado, o juiz, de ofício, determine a intimação do devedor, na pessoa de seu advogado. Nesse caso, caberá ao próprio devedor elaborar o cálculo, por ainda lhe ser facultada a liberação do débito (art. 334, do Código Civil).

Portanto, o termo inicial do prazo será a intimação do devedor, na pessoa do seu advogado, observadas as regras gerais dos arts. 184 e 241, do CPC, ressalvada também a possibilidade de o juiz, de ofício, determinar aquela intimação.

Referências

BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869.htm>. Acesso em: 02.07.2010.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Corte Especial. Recurso Especial nº 940.274-MS. Acompanhamento processual. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200700779461&pv=010000000000&tp=51>>. Acesso em 02.07.2010.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Corte Especial. Recurso Especial nº 940.274-MS. Relator: Min. Humberto Gomes de Barros. Relator para o acórdão: Min. João Otávio Noronha. Brasília, DF, 07 de abril de 2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=4037177&sReg=2007007>. Acesso em: 02.07.2010.

BUENO, Cassio Scarpinella. A Nova Etapa da Reforma do Código de Processo Civil. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 2.

_____. Curso Sistematizado de Direito Processual Civil. Teoria Geral do Direito Processual Civil. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1.

_____. Curso Sistematizado de Direito Processual Civil. Tutela jurisdicional executiva. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 3.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de direito processual civil. 14ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. v. II.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Técnicas de Aceleração do Processo. São Paulo: Lemos e Cruz, 2003.

JORGE, Flávio Cheim; DIDIER JÚNIOR, Fredie; RODRIGUES, Marcelo Abelha. A Terceira Etapa da Reforma Processual Civil. São Paulo: Saraiva, 2006.

PAVAN, Dorival Renato. Comentários às Leis nos 11.187 e 11.232, de 2005, e 11.382, de 2006: o novo regimento do agravo, o cumprimento da sentença, a lei processual civil no tempo e a execução por título extrajudicial. 2ª ed. São Paulo: Editora Pillares, 2007.

PORTANOVA, Rui. Princípios do Processo Civil. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. As Reformas de 2005 e 2006 do Código de Processo Civil. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. Manual de processo civil. 4ª ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1996.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. As Novas Reformas do Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

Notas

¹ BUENO, Cassio Scarpinella. Curso sistematizado de direito processual civil: tutela jurisdicional executiva. v. 3. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 10-11.

² PAVAN, Dorival Renato. Comentários às Leis nos 11.187 e 11.232, de 2005, e 11/382, de 2006: o novo regimento do agravo, o cumprimento da sentença, a lei processual civil o tempo e a execução por título extrajudicial. 2ª ed. São Paulo: Editora Pillares, 2007, p. 241.

³ JORGE, Flávio Cheim, DIDIER JÚNIOR, Fredie e RODRIGUES, Marcelo Abelha. A Terceira Etapa da Reforma Processual Civil. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 106.

⁴ SANTOS, Ernane Fidélis dos. As Reformas de 2005 e 2006 do Código de Processo Civil. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 40.

⁵ PAVAN, Dorival Renato. *Op. cit.*, p. 240.

⁶ JORGE, Flávio Cheim, DIDIER JÚNIOR, Fredie e RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Op. cit.*, p. 106-107.

⁷ JORGE, Flávio Cheim, DIDIER JÚNIOR, Fredie e RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Op. cit.*, p. 106.

⁸ BUENO, Cassio Scarpinella. *Op. cit.*, p. 15.

⁹ BUENO, Cassio Scarpinella. *Op. cit.*, p. 15.

¹⁰ JORGE, Flávio Cheim, DIDIER JÚNIOR, Fredie e RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Op. cit.*, p. 106.

¹¹ BUENO, Cassio Scarpinella. *Op. cit.*, p. 15.

¹² Nesse sentido: JORGE, Flávio Cheim, DIDIER JÚNIOR, Fredie e RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Op. cit.*, p. 113. PAVAN, Dorival Renato. *Op. cit.*, p. 241.

¹³ JORGE, Flávio Cheim, DIDIER JÚNIOR, Fredie e RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Op. cit.*, p. 111-112.

¹⁴ PAVAN, Dorival Renato. *Op. cit.*, p. 275.

¹⁵ BUENO, Cassio Scarpinella. A Nova Etapa da Reforma do Código de Processo Civil. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 68.

¹⁶ PAVAN, Dorival Renato. *Op. cit.*, p. 275.

¹⁷ BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869.htm>. Acesso em: 02.07.2010.

¹⁸ BUENO, Cassio Scarpinella. *Op. cit.*, p. 36.

¹⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. As Novas Reformas do Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 146.

²⁰ A síntese desse princípio é de que a atuação do Estado-juiz somente ocorra segundo as regras previstas no ordenamento jurídico, constitucionais e infraconstitucionais, que devem assegurar aos envolvidos, através dos meios necessários, as possibilidades de atuação no feito para defender suas alegações. Trata-se de um princípio que engloba muitos outros capazes de pautar o método de atuação do Estado-juiz, ditando critérios mínimos a serem observados, a exemplo do contraditório, da ampla defesa, juiz natural, motivação, publicidade etc. Nesse sentido: PORTANOVA, Rui. Princípios do Processo Civil. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 145.

²¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Corte Especial. Recurso Especial nº 940.274-MS. Relator: Min. Humberto Gomes de Barros. Relator para o acórdão: Min. João Otávio Noronha. Brasília, DF, 07 de abril de 2010. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=4037177&sReg=2007007>. Acesso em: 02.07.2010.

²² Nesse sentido: CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de direito processual civil. 14ª ed. v. II. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 353-354. JORGE, Flávio Cheim, DIDIER JÚNIOR, Fredie e RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Op. cit.*, p. 129. PAVAN, Dorival Renato. *Op. cit.*, p. 285 e 309.

²³ Nesse sentido: BUENO, Cassio Scarpinella. Curso sistematizado de direito processual civil: tutela jurisdicional executiva. v. 3. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 167-171. SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Op. cit.*, p. 55. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Op. cit.*, p. 145-146.

²⁴ CARNEIRO, Athos Gusmão apud CÂMARA, Alexandre Freitas. *Op. cit.*, p. 354.

²⁵ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Op. cit.*, p. 354.

²⁶ JORGE, Flávio Cheim, DIDIER JÚNIOR, Fredie e RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Op. cit.*, p. 129.

²⁷ PAVAN, Dorival Renato. *Op. cit.*, p. 285 e 309.

²⁸ BUENO, Cassio Scarpinella. *Op. cit.*, p. 168-169.

²⁹ BUENO, Cassio Scarpinella. Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 434-435.

³⁰ CARNEIRO, Athos Gusmão apud THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Op. cit.*, p. 145.

³¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Op. cit.*, p. 145.

³² SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Op. cit.*, p. 55.

³³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Op. cit.*, p. 146.

³⁴ BUENO, Cassio Scarpinella. A Nova Etapa da Reforma do Código de Processo Civil. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 54-55.

³⁵ Nesse sentido: JORGE, Flávio Cheim, DIDIER JÚNIOR, Fredie e RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Op. cit.*, p. 129. PAVAN, Dorival Renato. *Op. cit.*, p. 290. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Op. cit.*, p. 45.

³⁶ Acompanhamento processual do REsp nº 940.274-MS. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200700779461&pv=010000000000&tp=51>>. Acesso em 02.07.2010.

³⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Corte Especial. Recurso Especial nº 940.274-MS. Relator: Min. Humberto Gomes de Barros. Relator para o acórdão: Min. João Otávio Noronha. Brasília, DF, 07 de abril de 2010. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=4037177&sReg=2007007>. Acesso em: 02.07.2010.

³⁸ Nesse sentido: BUENO, Cassio Scarpinella. Curso sistematizado de direito processual civil: tutela jurisdicional executiva. v. 3. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 167-171. CÂMARA, Alexandre Freitas. *Op. cit.*, p. 353-354.

³⁹ Nesse sentido: BUENO, Cassio Scarpinella. *Op. cit.*, p. 169. CÂMARA, Alexandre Freitas. *Op. cit.*, p. 354. SANTOS, Ernane Fidélis dos. Manual de processo civil. 4ª ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 269.

⁴⁰ Ver item 4.3.1, p. 95.

⁴¹ PAVAN, Dorival Renato. *Op. cit.*, p. 317.

⁴² SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Op. cit.*, p. 62.

ENTRE ASPAS

⁴³ Nesse sentido: JORGE, Flávio Cheim, DIDIER JÚNIOR, Fredie e RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Op. cit.*, p. 129. PAVAN, Dorival Renato. *Op. cit.*, p. 290. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Op. cit.*, p. 45.

⁴⁴ BUENO, Cassio Scarpinella. A Nova Etapa da Reforma do Código de Processo Civil. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 54-55.

⁴⁵ Nesse sentido: THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Op. cit.*, p. 138-139. PAVAN, Dorival Renato. *Op. cit.*, p. 322.

PRESSUPOSTOS DE VALIDADE DA APLICAÇÃO DO SISTEMA PRICE DE AMORTIZAÇÃO NOS CONTRATOS BANCÁRIOS

Maurício Albagli Oliveira

Juiz de Direito da Comarca de Salvador/BA

Resumo: Este trabalho objetiva o estudo dos aspectos jurídicos e econômicos dos juros remuneratórios (ou compensatórios) exigidos em contratos celebrados pelas instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional. São analisadas, à luz das normas legais vigentes, a possibilidade de capitalização dos juros remuneratórios nos negócios jurídicos bancários, bem como a existência ou não de limites legais para a fixação da remuneração das empresas mutuantes nestes ajustes, no confronto com os princípios que norteiam as relações consumeristas. Apresenta-se uma análise jurídica e matemática sobre o Sistema Francês de Pagamento, também conhecido como Tabela Price, método bastante utilizado nas mais diversas espécies de contratos bancários para o cálculo das contraprestações devidas pelos tomadores de empréstimos, com o escopo de se demonstrar que este mecanismo, quando corretamente utilizado, não enseja a capitalização dos juros remuneratórios.

Palavras-Chave: Contrato bancário. Tabela Price. Capitalização.

1. Introdução

O Sistema Francês de Amortização, também conhecido como Tabela Price, é um método bastante difundido entre as instituições financeiras para o cálculo de prestações sucessivas de valor fixo em negócios jurídicos que envolvem concessão de crédito, tais como os de crédito direto ao consumidor, mútuo com desconto em folha de pagamento (empréstimo consignado), financiamento garantido por alienação fiduciária, arrendamento mercantil e financiamentos regidos pelo Sistema Financeiro de Habitação (SFH).

Este trabalho objetiva uma análise acerca dos pressupostos da validade jurídica da utilização da Tabela Price nos contratos bancários.

São tecidas, para tanto, considerações sobre a aplicação no âmbito do Sistema Financeiro Nacional das taxas de juros moratórios e compensatórios previstas no novo Código Civil, com toda a problemática que encetaram, em vista da remição a regramento do Direito Tributário, abordando-se, também, questões atinentes à juridicidade da capitalização dos juros remuneratórios e à influência desta na aceitação, pelo ordenamento jurídico, do método francês (Price) de amortização.

Com o escopo de demonstrar-se o mecanismo de montagem da Tabela Price a partir de uma única fórmula, adentra-se superficialmente no campo da matemática financeira, para o fim

de descortinar a controvérsia alusiva à presença do anatocismo em tal sistema de amortização.

A par da questão concernente à incidência de anatocismo nos cálculos obtidos por meio deste sistema matemático, a validade da aplicação do método Price também é apreciada no cotejo com os princípios da boa-fé e equidade que balizam as relações negociais, tanto aos do âmbito consumerista quanto aquelas regidas pelo Direito Civil e Empresarial.

2. Breves Considerações sobre a Natureza Jurídica dos Contratos Bancários

Ao apresentar definições para delimitar a abrangência do microsistema por ele veiculado, O Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11/09/1990) incluiu as atividades de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária entre aquelas praticadas pelos fornecedores no âmbito das relações de consumo.¹

Nada obstante a clareza da norma, desde a edição do Código surgiram calorosos debates acerca da aplicação ou não das normas protetivas do consumidor aos negócios entabulados pelas instituições financeiras.

As entidades integrantes do Sistema Financeiro Nacional buscaram desde o início da edição do diploma afastar a incidência deste nos negócios atinentes às cadernetas de poupança, mútuos, cartões de crédito, seguro, conta corrente, e todos os demais serviços e operações bancárias, sob o argumento de que a matéria deveria ser regulamentada por lei complementar, ante os ditames do art. 192, da Constituição Federal.²

A Confederação Nacional do Sistema Financeiro (CONSIF) ajuizou, então, perante o Supremo Tribunal Federal, a Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 2.591, por meio da qual pretendeu a declaração de inconstitucionalidade do art. 3, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor (CDC), e, via de consequência, a exclusão das atividades das instituições financeiras que congrega do âmbito de alcance das normas imperativas daquele diploma.

O tema foi exaustivamente debatido, e a Excelsa Corte firmou o entendimento de que o art. 192 da Constituição Federal exige lei complementar apenas para reger a organização e funcionamento (*estruturação*) do Sistema Financeiro Nacional, sendo que o Código de Defesa do Consumidor disciplina apenas normas gerais de *conduta* a serem observadas por todos os agentes econômicos. Desta forma, entendeu a Corte Suprema que o CDC apenas disciplinou as relações entre as instituições financeiras e seus clientes, nada dispondo acerca da *estrutura* do Sistema Financeiro Nacional, de modo que inexistente a inconstitucionalidade arguida.³

De fato, como ensina Cláudia Lima Marques, há de se estabelecer uma diferenciação entre as *normas de conduta*, aquelas cujo objetivo imediato é disciplinar o comportamento do indivíduo ou as atividades dos grupos e entidades em geral; das normas de organização, aquelas que, possuindo um caráter instrumental, visam à estrutura e funcionamento de órgãos ou a disciplina de processos técnicos de identificação e aplicação de normas, a fim de assegurar uma convivência juridicamente ordenada. E em seguida arremata a especialista:

Em conclusão, podemos afirmar: A Constituição Federal de 1988 é coerente e assim deve ser interpretada, pois não há confusão entre a matéria “defesa dos consumidores” (art. 5º, XXXII, art. 170, V, e art. 48 dos ADCT da Constituição Federal) e a matéria “Sistema Financeiro Nacional” (art. 192 da Constituição Federal). A matéria “defesa dos consumidores” demanda normas de conduta, que estão positivadas na

Lei 8.078/90, cumprindo mandamento constitucional do art. 48 dos ADCT. A matéria “Sistema Financeiro Nacional” demanda normas de organização, como as presentes nas Leis 4.595/64, 4.728/65 e 6.385/76 e nas leis especiais de seguros (DL 73/66) .

A matéria “defesa dos consumidores” foi, por força de determinações constitucionais, incluída no âmbito de competência da lei ordinária e a matéria “Sistema Financeiro Nacional”, no campo de competência da lei complementar. Não há, pois, colisão de normas, princípios ou valores constitucionais.⁴

No Superior Tribunal de Justiça, a questão também foi pacificada, tendo aquela Corte assentado que “O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras” (Súmula 297), de maneira que, decorridos vinte anos do início da vigência do diploma, achasse superada a discussão concernente à incidência deste diploma especial sobre as atividades bancárias em geral.

No que se refere ao conceito de consumidor, inserido na norma do art. 2º, do CDC, é conveniente registrar que duas correntes objetivam apresentar uma definição precisa para aquele.

Consoante a teoria *maximalista* ou *objetiva*, entende-se como consumidor o destinatário fático final do produto ou serviço, ou seja, aquele que retira o bem da cadeia produtiva, independentemente de se perquirir a finalidade do ato de consumo, se para satisfação das necessidades pessoais ou profissionais, e a presença do intuito de lucro.

Os seguidores desta corrente sustentam, assim, que o CDC se trata de um “Código para a sociedade de consumo, razão pela qual a definição do seu art. 2º, *caput*, deverá ser interpretada de forma extensiva para que suas normas possam servir cada vez mais às relações de mercado.”⁵

Por outro lado, conforme a corrente *finalista* ou *subjetivista* o consumidor é aquele que utiliza o produto ou serviço como destinatário final nos planos fático e econômico. Assim, segundo os adeptos desta corrente, somente pode ser tido como consumidor aquele que se vale do produto ou serviço para uso pessoal ou familiar, sem integrá-lo como insumo em sua atividade produtiva. O conceito de consumidor restringe-se, portanto, aos não-profissionais, que não adquirem produto ou serviço com o fim de, direta e indiretamente, dinamizar ou instrumentalizar seu próprio negócio lucrativo.

Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer sublinha que a jurisprudência pátria vivenciou controvérsia quanto à adoção das teorias, principalmente nas situações em que um empreendedor de atividade econômica adquire um produto para uso em seu empreendimento apenas com finalidade instrumental, e não para fim de transformação ou comercialização. É o caso de uma montadora de automóveis que compra aparelhos de ar-condicionado para colocação em seus escritórios, caso em que os equipamentos não serão revendidos, contudo utilizados de forma indireta no desenvolvimento da atividade empresarial.⁶

Na concepção concernente à teoria *maximalista*, haveria relação de consumo no exemplo, uma vez que o produto é retirado da escala de produção. Já conforme a corrente *finalista*, não existiria relação de consumo no caso, dado que os equipamentos foram empregados como insumo para incremento das atividades produtivas da empresa, que, por conseguinte, não é destinatária *econômica* do bem.

Entretanto, tem-se admitido excepcionalmente a aplicação do CDC em situações nas quais o produto ou serviço é adquirido para aplicação na atividade econômica, quando se patenteia a vulnerabilidade do consumidor, nos aspectos técnico, jurídico ou econômico.

Discorrendo sobre o tema, Cláudia Lima Marques menciona o caso do advogado que contrata um empréstimo para reformar seu escritório, ou o agricultor que concretiza um negócio de mútuo para comprar sementes. Nestas hipóteses, as pessoas são destinatárias finais fáticas dos serviços financeiros, mas não as destinatárias finais econômicas, razão pela qual não poderiam gozar, em princípio, da tutela do Código de Defesa do Consumidor. Todavia – pondera – como o sistema é aberto aplica-se o CDC quando se constatar o desequilíbrio contratual e a vulnerabilidade (técnica, fática ou jurídica) do beneficiário do produto ou serviço, havendo uma presunção de vulnerabilidade no que diz respeito a pequenos comerciantes e empresários individuais de porte médio, “na complexidade da prestação múltipla bancária e na abstração do crédito”.⁷

Trilhando-se esta linha de convicção, assim se posicionou o Superior Tribunal de Justiça:

Não vislumbro a alegada ofensa ao art. 2º do CDC. O egrégio Tribunal de origem levou em consideração a vulnerabilidade do recorrido na relação jurídica que manteve com a recorrente, empresa multinacional, e empresa Catalão Veículos Ltda., concessionária de veículos, para considerá-lo consumidor. Colhe-se do voto da ilustrada juíza relatora do agravo: “Desse modo, seja com fundamento na doutrina finalista ou na maximalista, o fato é que o agravante pode e deve ser considerado consumidor, nos termos do art. 2º, da Lei nº 8.078/90. Afinal, o desequilíbrio de forças entre as partes é tão evidente, que somente com aplicação do Código de Defesa do Consumidor ao caso em tela, diploma legal que assegura à parte débil da relação jurídica uma tutela especial, poderia se restabelecer um equilíbrio e uma igualdade entre as partes. [...] O fato de o requerido adquirir o veículo para transporte de passageiro não afasta a sua condição de hipossuficiente na relação que manteve com as rés.”⁸

Assim, à vista da vulnerabilidade evidente de determinados profissionais, como os microempresários e pequenos artífices, que adquirem produtos ou serviços para emprego na atividade produtiva, regida pelas leis civis e comerciais, é possível a aplicação das normas consumeristas visando o estabelecimento do equilíbrio da relação contratual, garantindo-se, com isto, o alargamento da eficácia da norma constitucional de proteção ao consumidor.

Também é certo que, nos casos das relações negociais não abarcadas pela tutela do CDC, os contratantes podem invocar diversas regras do Código Civil/2002 com o escopo de alcançar a *justiça contratual*, a exemplo daquelas que propugnam a boa-fé nas relações contratuais (art. 424) e disciplinam a lesão (art. 157), o abuso de direito (art. 187), a onerosidade excessiva (art. 478) e o enriquecimento ilícito.

3. A Taxa de Juros Moratórios nos Contratos Bancários

Conforme a Lei Civil, considera-se em mora o devedor que não efetuar o pagamento e o credor que não quiser recebê-lo no tempo, lugar e forma que a lei ou a convenção estabelecer.⁹

Assim, configura-se a mora não só quando há o retardamento do adimplemento da obrigação – hipótese mais corriqueira – mas também quando o pagamento é efetuado em dissonância com o lugar e forma contratados ou previstos em Lei.¹⁰

O inadimplemento da obrigação, positiva e líquida, constitui de pleno direito em mora o devedor, consoante o art. 397, do diploma civil.

Comentando este dispositivo legal, Carlos Roberto Gonçalves explica que, quando a obrigação é *positiva* (dar ou fazer) e *líquida* (de valor certo), com data fixada para o pagamento, seu descumprimento acarreta automaticamente (*ipso iure*), sem necessidade de qualquer providência do credor, a mora do devedor (*ex re*), segundo a máxima romana *dies interpellat pro homine* (o dia do vencimento interpela pelo homem, isto é, interpela o devedor, pelo credor).¹¹

Do contrário, não havendo data estipulada para a satisfação da obrigação, a mora se constitui mediante interpelação judicial ou extrajudicial (CC, art. 397, parágrafo único), constituindo mora *ex persona*, que depende de providência do credor para sua conformação.

Nos dias que correm a totalidade dos contratos bancários de mútuo e financiamento, que são de adesão, prevêem cronograma para o pagamento das parcelas de restituição da quantia mutuada, de maneira que a mora se dá *ipso iure*, não havendo necessidade de qualquer conduta por parte do credor mutuante.

Daí que, nas avenças desta natureza não tem lugar a regra geral do art. 405, do Código, que preceitua que os juros de mora são contados desde a citação inicial.

A norma do novo Código Civil que regra a taxa de juros moratórios tem motivado infundáveis debates, sendo o dispositivo assim redigido:

Art. 406. Quando os juros moratórios não forem convencionados, ou o forem sem taxa estipulada, ou quando provierem de determinação da lei, serão fixados segundo a taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional.

Duas correntes surgiram na interpretação do alcance da norma. A primeira inclinou-se no sentido de que se aplica a taxa de juros de 1% (um por cento) ao mês veiculada no art. 161, § 1º, do Código Tributário Nacional:

Art. 161. O crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante da falta, sem prejuízo da imposição das penalidades cabíveis e da aplicação de quaisquer medidas de garantia previstas nesta Lei ou em lei tributária.
§ 1º. Se a lei não dispuser de modo diverso, os juros de mora são calculados à taxa de 1% (um por cento) ao mês.
[...]

A esta linha de pensamento filia-se Hamid Charaf Bdine Júnior, que, após registrar que a jurisprudência não é pacífica na abordagem da temática, anota que a Taxa SELIC compreende juros e correção monetária, de modo que corrigir monetariamente a dívida e acrescer a ela a reportada taxa representaria dupla correção, com o enriquecimento ilícito do credor, além de que o referido fator permite a capitalização.¹²

De fato, a taxa SELIC, fixada pelo Comitê de Política Monetária (COPOM), órgão vinculado ao Banco Central do Brasil, é composta de fatores que se prestam à dupla função, de remuneração e atualização monetária, correspondendo à taxa média de remuneração dos títulos públicos registrados no Sistema Especial de Liquidação e Custódia.

Dentre os títulos que são registrados no SELIC, emitidos para os mais variados fins

ENTRE ASPAS

governamentais, podem ser citados as Notas do Tesouro Nacional (NTN), Letras do Tesouro Nacional (LTN), Bônus do Tesouro Nacional (BTN), Bônus do Banco Central do Brasil (BBC), Letras do Banco Central (LBC) e Notas do Banco Central (NBC), papéis estes que prevêm remuneração que inclui a atualização de seu valor nominal pela *Taxa Referencial* (TR) ou pela *variação cambial*, acrescida de juros de 5% (cinco por cento) a 12% (doze por cento) ao ano.¹³

Nelson Rosenvald assevera que a SELIC não se mostra juridicamente segura, pois é volátil e frequentemente alterada, impedindo o prévio conhecimento dos juros, e, por abranger também correção monetária, não é “operacional, dificultando o cálculo”, além de importar em “excessiva onerosidade da obrigação”.¹⁴

O Centro de Estudos do Conselho da Justiça Federal trilhou esta mesma linha de compreensão, tendo editado, na sua Jornada de Direito Civil, o Enunciado de nº 20, nos seguintes termos: “A taxa de juros de mora a que se refere o art. 406 é a do art. 161, § 1º, do Código Tributário Nacional, ou seja, 1% ao mês”.

O Superior Tribunal de Justiça inicialmente adotou esta tese, fundando-se nas seguintes razões:

a) apesar de ter sido reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal a eficácia limitada do art. 192, § 3º, da Constituição Federal, não pode a norma infraconstitucional afrontar o texto ali exposto, sendo inconstitucional o art. 406, do Código Civil, editado antes da revogação da mencionada disposição constitucional;

b) o legislador tem como ideal a taxa de juros de 1% ao mês, que é fixada nos arts. 1.187, parágrafo único, inc. II, e 1.336, § 1º, do Código Civil;

c) a Taxa SELIC não se apresenta como critério seguro, transparente e de fácil compreensão para aplicação nas obrigações civis;

d) a taxa de juros de 1% (um por cento) ao mês, prevista no Código Tributário, é a que melhor reflete a segurança jurídica e o equilíbrio nas relações obrigacionais;

e) a Taxa SELIC tem natureza remuneratória, não servindo como taxa de juros moratórios, especialmente porque engloba juros e correção monetária; e f) seria incoerente que o Código Civil, ao regular a taxa de juros legais, deixasse ao encargo da autoridade administrativa a sua fixação.¹⁵

Ocorre que, mais recentemente, julgando um recurso de embargos de divergência, aquela Corte Superior lançou o entendimento segundo o qual a Taxa SELIC é o índice que atualmente completa o regramento do art. 406, do Código Civil. Confira-se:

CIVIL. JUROS MORATÓRIOS. TAXA LEGAL. CÓDIGO CIVIL, ART. 406. APLICAÇÃO DA TAXA SELIC.

1. Segundo dispõe o art. 406 do Código Civil, “Quando os juros não forem convencionados, ou o forem sem taxa estipulada, ou quando provierem de determinação da lei, serão fixados segundo a taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional.”

2. Assim, atualmente, a taxa dos juros moratórios a que se refere o referido

dispositivo é a taxa referencial do Sistema especial de Liquidação e Custódia – SELIC, por ser ela a que incide como juros moratórios dos tributos federais (arts. 13 da Lei 9.065/05, 84 da Lei 8.981/95, 39, § 4º, da Lei nº 9.250/95, 61, § 3º, da Lei 9.430/96 e 30 da Lei 10.522/02).

3. Embargos de divergência a que se dá provimento.

Os fundamentos deste enfoque jurisprudencial são os seguintes:

a) o art. 406 do Código Civil, ao remeter à “taxa que estiver em vigor”, expressa a opção do legislador em adotar um indexador de juros variável;

b) a norma do art. 161, § 1º, do Código Tributário Nacional, é supletiva, uma vez que condiciona sua eficácia à inexistência de lei que disponha de modo diverso sobre a taxa de juros moratórios incidentes sobre os débitos fiscais;

c) A taxa SELIC tem sua constitucionalidade reconhecida pelo STJ e está prevista em diversas normas tributárias (indicadas na ementa do acórdão);

d) o preceito do já revogado art. 192, § 3º, da Constituição Federal, era de eficácia limitada; e

e) a aplicação da taxa SELIC está condicionada a não-incidência de qualquer outro índice de atualização, não ocorrendo, por isto, *bis in idem*.¹⁶

Não bastasse tamanha celeuma, o dispositivo do art. 406, do Código Civil, ainda fomenta outra dúvida, uma vez que permite a interpretação de que os juros moratórios, diversamente dos compensatórios (art. 591), podem ser *convencionados* sem que encontrem limite na *taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional*.

O Superior Tribunal de Justiça, que é o órgão judicial responsável pela unificação da interpretação da legislação infraconstitucional, já apontou um norte para a superação da obscuridade da norma, ao editar sua Súmula de nº 379, no sentido de que “Nos contratos bancários não regidos por legislação específica, os juros moratórios poderão ser convencionados até o limite de 1% ao mês.”

Está-se diante, portanto, de arrojada manifestação jurisprudencial, uma vez que foi oposto limite à convenção sobre os juros remuneratórios quando a norma, em omissão eloquente, não impôs tal patamar. É certo, contudo, que o decisório acha-se coerente com o sistema, levando-se em consideração, inclusive, as normas dos arts. 1.187, parágrafo único, inc. II, e 1.336, § 1º, do Código Civil, e do art. 5º, do Decreto nº 22.626, de 07/04/1933.

4. Os Juros Remuneratórios

Juros compensatórios ou remuneratórios são aqueles destinados a remunerar a utilização de um capital de outrem, qualificando-se como frutos civis (bem acessório), já que surgem periodicamente sem destruição ou prejuízo do bem principal, o capital cedido (Código Civil, art. 95).

São impostos pelos financiadores de crédito em geral e correspondem à remuneração

pela disposição do capital a serviço de outrem, representando o preço cobrado pelo mutuante pela não-liquidez do capital.¹⁷

Os juros são recebidos pelo mutuante, desta forma, como compensação pela privação do capital emprestado¹⁸, não se confundindo, portanto, com os juros moratórios, que consubstanciam penalidade pelo não pagamento da obrigação na forma ajustada.

Os juros compensatórios nos contratos bancários são calculados, conforme a lição de Ruy Rosado Aguiar, tendo em conta “o custo da captação do dinheiro, a sobretaxa do banqueiro, a desvalorização da moeda, e, por fim, os riscos operacionais, pois, quanto maior a possibilidade de inadimplência, maior o risco.”¹⁹

4.1. Cômputo Simples e Capitalização dos Juros Remuneratórios

Os juros compensatórios podem ser simples ou compostos (capitalizados). No mecanismo de juros simples, a taxa incide somente sobre o capital mutuado. Por exemplo, numa operação de empréstimo de R\$ 100,00 (cem reais), com juros de 5% (cinco por cento) ao mês, a remuneração devida (juros compensatórios) será sempre de R\$ 5,00 (cinco reais) ao cabo de cada período mensal.

Ao final de três meses o mutuário solveria a obrigação entregando ao credor a quantia de R\$ 115,00 (cento e quinze reais).

Já no regime de capitalização – aplicação de juros compostos – a taxa de juros incidirá sobre o montante acumulado no final do período anterior, ou seja, os juros são incorporados ao capital (também denominado de saldo devedor ou principal), e esta soma serve de base de cálculo da taxa do período posterior, e assim sucessivamente (incidência de juros sobre juros). Maria Helena Diniz conceitua os juros compostos desta forma:

Os devidos, já vencidos, que, periodicamente, são incorporados ao capital. Trata-se dos juros de juros, ou seja, os computados sobre o capital acrescido dos juros que produziu. São aqueles somados ou integrados periodicamente ao capital para produzir novos juros no período seguinte. Trata-se do anatocismo ou capitalização de juros, vedado por lei.²⁰

Assim, o montante (S) é obtido através da fórmula $S = P(1+i)^n$, sendo “P” o principal, “i” a taxa de juros, e “n” o número de períodos transcorridos, de modo que a taxa de juros varia exponencialmente em função do tempo.

Portanto, a capitalização de juros se verifica sempre que se emprega a fórmula aritmética contendo a expressão $(1+i)^n$, denominada de fator de capitalização ou fator de cumulação de capital.²¹

Desta forma, no exemplo do empréstimo supra-referido, em que se avançasse a incidência da capitalização, ao final do período de um mês o capital adicionado à remuneração devida importaria na quantia de R\$ 105,00 (cento e cinco reais), e sobre esta seria calculada a remuneração do mês seguinte, e assim sucessivamente.

Neste caso, ultrapassados três meses da celebração do empréstimo, a dívida alcançaria o montante de R\$ 115,76 (cento e quinze reais e setenta e seis centavos), encontrado com o uso da fórmula suprarreferida: $100 \times (1+0,05)^3$.

Este mecanismo de cômputo de juros compensatório de forma capitalizada é utilizado

amplamente pelo mercado financeiro, inclusive no pagamento da remuneração da caderneta de poupança e de outras aplicações.

4.2. A (In)Validade da Cláusula de Anatocismo nos Contratos Bancários

Até a edição da Medida Provisória nº 1963-17, de 30/03/2000, a jurisprudência dos Tribunais Superiores inclinava-se majoritariamente no sentido de que incide nos contratos de crédito bancários o regramento do art. 4º do Decreto nº 22.626, de 07/04/1933, que veda a capitalização de juros (“contar juros dos juros”) *em quaisquer contratos*.²²

Em sua Súmula de nº 93, o STJ dispôs que “A legislação sobre cédulas de crédito, rural, comercial e industrial admite o pacto de capitalização de juros”, daí se extraindo a inferência de que, à míngua de norma legal específica autorizando a cobrança, não era permitida a capitalização dos juros remuneratórios nos contratos bancários, ainda que prevista no ajuste.

O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, já havia de há muito assentado que “É vedada a capitalização de juros, ainda que expressamente convencionada” (Súmula 121).

Ingressou no ordenamento jurídico, no entanto, a reportada Medida Provisória nº 1963-17, reeditada pela Medida Provisória nº 2.170-36, de 23/08/2001, por sua vez em vigor ante o disposto no art. 2º da Emenda Constitucional nº 32, de 11/09/2001. Veiculou-se no referido dispositivo a seguinte regra:

Art. 5º. Nas operações realizadas pelas instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional, é admissível a capitalização de juros com periodicidade inferior a um ano.

Parágrafo único - Sempre que necessário ou quando solicitado pelo devedor, a apuração do valor exato da obrigação, ou de seu saldo devedor, será feita pelo credor por meio de planilha de cálculo que evidencie de modo claro, preciso e de fácil entendimento e compreensão, o valor principal da dívida, seus encargos e despesas contratuais, a parcela de juros e os critérios de sua incidência, a parcela correspondente a multas e demais penalidades contratuais.

Após a entrada em vigor da citada Medida Provisória, surgiram julgados firmando o entendimento segundo o qual, nos contratos celebrados a partir da vigência da aludida norma, é lícita a cláusula de estabelecimento de juros compensatórios com capitalização em período inferior a um ano. Neste sentido, traz-se à colação recente decisão do Superior Tribunal de Justiça:

CIVIL E PROCESSUAL. AGRAVO REGIMENTAL. CONTRATO DE FINANCIAMENTO COM ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA. PEÇAS NÃO AUTENTICADAS. AUSÊNCIA DE LEGITIMAÇÃO PROCESSUAL. INCIDENTE ALEGADO A DESTEMPO. REJEIÇÃO. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. NÃO CUMULADA. CAPITALIZAÇÃO MENSAL DOS JUROS PACTUADA. SÚMULAS N. 5 E 7/STJ. CONTRATOS POSTERIORES À MP N. 1.963-17. JUROS REMUNERATÓRIOS. ACÓRDÃO QUE DECIDE COM FUNDAMENTAÇÃO BASEADA NA LEGISLAÇÃO

ENTRE ASPAS

CONSTITUCIONAL E ORDINÁRIA. NÃO INTERPOSIÇÃO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO. SÚMULA N. 126-STJ. RECONSIDERAÇÃO DA DECISÃO NESSA PARTE.

I. Com relação à capitalização, a 2ª Seção, ao apreciar o REsp n. 602.068/RS, entendeu que somente nos contratos firmados após 31.03.2000, data da publicação da Medida Provisória n. 1.963-17, revigorada pela MP n. 2.170-36, em vigência graças ao art. 2º da Emenda Constitucional n. 32/2001, é admissível a capitalização dos juros em período inferior a um ano. In casu, o contrato sob exame foi firmado posteriormente às normas referenciadas, de modo que legítima a capitalização dos juros remuneratórios, como pactuada.

(...)

III. A limitação dos juros remuneratórios com base da Lei de Usura, sob o pretexto de revogação da Lei n. 4.595/1964 pela Constituição Federal, com fulcro na qual foi editada a Súmula n. 596-STF, exige a interposição de recurso extraordinário. Incidência da Súmula n. 126/STJ.

IV. Agravo regimental parcialmente provido. ²³

É certo, todavia, que a eficácia do referido regramento não foi tranquilamente aceita pelos órgãos jurisdicionais, imperando mais uma vez infundáveis discussões, o que sói ocorrer em tema de encargos financeiros em contratos bancários, tendo sido o dispositivo inclusive objeto da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 2316-1, que tramita perante o STF, na qual se sustenta a afronta às normas do art. 62 e 192, da Constituição Federal, ainda pendente de julgamento.

A inconstitucionalidade da norma é arguida sob o alegação da ocorrência de dois vícios de natureza formal, quais sejam, a inexistência do pressuposto da urgência para sua criação (Constituição Federal, art. 62), e a disciplina de matéria que deveria ser regulamentada exclusivamente por lei complementar (CF, art. 192).²⁴

4.3. A Disciplina dos Juros Remuneratórios pelo Novo Código Civil

Em um quadro de longa e intensa turbulência jurisprudencial no que tange à limitação dos juros compensatórios nos negócios jurídicos bancários, os Tribunais Superiores decidiram que as disposições da Lei da Usura (Decreto nº 22.623, de 07/04/1933), que fixou taxa de juros máxima de 12% (doze por cento) ao ano nos contratos, não se aplicam aos negócios celebrados por instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional, regido pela Lei nº 4.595, de 31/12/1964, que por sua vez atribui ao Conselho Monetário Nacional a competência para regulamentar a matéria.

Na década de 1970 o Supremo Tribunal Federal assentou que “As disposições do Decreto nº 22.626/33 não se aplicam às taxas de juros e aos outros encargos cobrados nas operações realizadas por instituições públicas ou privadas, que integram o sistema financeiro nacional” (Súmula 596), decisão que passou longe de pacificar a discussão, que continua sendo revolvida diariamente nos órgãos judiciários de norte a sul do Brasil, com a prolção de decisões nos mais diversos sentidos.

Assim, assentou-se na Suprema Corte o entendimento de que, a teor do regramento art.

4º, inc. IX, da Lei nº 4.595, de 31/12/1964, compete ao Conselho Monetário Nacional disciplinar a atividade bancária, limitando, inclusive, as taxas de juros estabelecidas pelas instituições financeiras, não se aplicando a estas as disposições da Lei de Usura.

Mais recentemente, a Excelsa Corte manifestou-se no sentido de que o dispositivo do art. 192, § 3º, da Constituição Federal - já revogado (EC nº 40/2003) – não era auto-aplicável, de modo que o ditame constitucional foi expurgado do ordenamento jurídico sem produzir eficácia em qualquer instante.²⁵

Sucedeu que o novo Código Civil, regulamentando o contrato de mútuo, preceituou que “Destinando-se o mútuo a fins econômicos, presumem-se devidos juros, os quais, sob pena de redução, não poderão exceder a taxa a que se refere o art. 406, permitida a capitalização anual” (art. 591).

Deste modo, consoante o citado regramento, a taxa de juros nos contratos de mútuo com *fins econômicos* não pode suplantar (1) o teto de 1% (um por cento) ao mês, conforme o art. 161, § 1º, do Código Tributário Nacional; ou (2) a taxa SELIC, delineada na Lei nº 9.065/95.²⁶

Daí que seria possível sustentar-se que os contratos bancários, uma vez que obviamente destinados a *fins econômicos*, têm suas cláusulas de juros moratórios sujeitas ao teto estabelecido no art. 406, do Código Civil.

Todavia, analisando a questão, Nelson Rosenvald preleciona com a percuciência de sempre que “em princípio, as instituições financeiras estariam liberadas da limitação imposta pela legislação ordinária”. Contudo, adverte o insigne civilista:

Mas, a nossa viso, fundamental é perceber que à adoção das cláusulas gerais da boa-fé objetiva (art. 113 do CC); do abuso do direito (art. 187 do CC) e da função social do contrato (art. 421 do CC) permite que o magistrado possa limitar o exercício excessivo do direito subjetivo ao crédito pelas instituições financeiras.

[...]

Assim, poderá o juiz, a qualquer tempo e de ofício – eis que as cláusulas gerais são normas de ordem pública (art. 2.035, parágrafo único, do CC), reduzir juros extorsivos, modificando as cláusulas contratuais que ultrapassam os limites éticos do sistema e aniquilem direitos fundamentais dos contratantes.²⁷

Enfrentando o tema, o Superior Tribunal de Justiça deliberou que a cobrança de juros acima da taxa de 1% (um por cento) ao mês, em empréstimos bancários, não caracteriza, por si só, abusividade na conduta, se a exigência na discrepa da média praticada no mercado financeiro. “A estipulação de juros remuneratórios superiores a 12% ao ano, por si só, não indica abusividade”, consoante o posicionamento da Corte Superior cristalizado em sua Súmula de nº 382.²⁸

Noutro julgado, apreciando incidente de recurso repetitivo, o STJ teve azo de proclamar ainda que:

a) “As instituições financeiras não se sujeitam a limitação dos juros remuneratórios estipulada na lei de Usura”;

b) “São inaplicáveis aos juros remuneratórios dos contratos de mútuo bancário as disposições do art. 591 c/c o art. 406 do CC/2002”;

c) “É admitida a revisão das taxas de juros remuneratórios em situações excepcionais, desde que caracterizada a relação de consumo e que a abusividade (capaz de colocar o consumidor em desvantagem exagerada – art. 51, § 1º, do CDC) fique cabalmente demonstrada, ante as peculiaridades do julgamento em concreto”;

d) “É vedado aos juízes de primeiro e segundo grau de jurisdição julgar, com fundamento no art. 51 do CDC, sem pedido expresso, a abusividade de cláusulas nos contratos bancários.”²⁹

Em artigo publicado na obra intitulada *Direitos do consumidor endividado*, Cláudia Lima Marques anota que apenas poucos países, como o caso da Suíça, não impõem qualquer limite a taxa de juros, sendo que os Códigos Civis italiano e alemão, trazem, como referência, as taxa de 4% (quatro por cento) e 5% (cinco por cento) ao ano. As legislações da França, Espanha e Argentina não estabelecem patamar para a taxa de juros, mas permitem sua redução em caso de usura.

Assevera mais a jurista que, no Brasil, o Código de Defesa do Consumidor “foi tímido ao regular o aspecto econômico do contrato sem prever norma sobre a taxa de juros abusiva”, entretanto, o patamar de 12% (doze por cento) foi [e continua sendo] fortemente utilizado pelos magistrados de primeiro e segundo grau como teto de razoabilidade e boa-fé para os juros, por vezes astronômicos no Brasil. Porém – pondera – o Superior Tribunal de Justiça optou pela linha contrária, “afirmando que o patamar de 12% para bancos, financeiras, administradoras de cartões de crédito e demais créditos ao consumo não é abusivo, em princípio”.³⁰

Deveras, ante a complexidade do sistema financeiro brasileiro, um dos mais sofisticados e intrincados do mundo, não é de fácil concretização a fixação do limite de remuneração (*custo do dinheiro*) que estava previsto na regra revogada da Constituição Federal, levando-se em consideração, inclusive, o alto valor da taxa básica de juros, cadenciada pelo próprio Governo Federal, que, como já dito, funciona como fator de remuneração dos títulos públicos emitidos pela União. Esta taxa de juros, que reflete a política monetária adotada pelo Governo Federal, influencia marcadamente no estabelecimento dos juros propostos por todas as entidades integrantes do Sistema Financeiro Nacional.

Ressoa lógico, neste passo, que as instituições financeiras teriam pouca disposição em emprestar dinheiro a particulares, empresas privadas e pessoas físicas, exigindo remuneração (juros) mais baixa do que aquela paga pelo Governo como remuneração dos títulos da dívida pública, já que o risco de inadimplência inerente a esta última operação é substancialmente menor.

Ademais, também influencia no custo das operações creditícias em destaque a dificuldade de recuperação do crédito pela via judicial. O ônus dos contratos para os tomadores – consubstanciado nos juros remuneratórios e demais encargos financeiros – varia, entre outros fatores, em razão da maior facilidade da instituição financeira reaver seu crédito por meio de demanda ao Poder Judiciário. Ilustra esta asserção a circunstância de que os juros remuneratórios estabelecidos em contratos de *leasing* (arrendamento mercantil) e financiamento garantido por alienação fiduciária são menores, por exemplo, do que aqueles exigidos nos negócios de cartão de crédito e cheque especial (crédito rotativo), já que, nos dois primeiros casos, os credores podem se valer de tutelas jurisdicionais diferenciadas (tutelas de urgência), quais sejam, as ações de reintegração de posse e busca e apreensão, angariando em desfavor dos devedores, sem delongas, o bem da vida em disputa, por meio de decisões liminares.

Por outro lado, ao determinar a taxa básica dos juros, o Banco Central do Brasil também considera a política de contenção ou estímulo do consumo adotada pelo Governo, eis que taxas de juros altas diminuem o consumo e elevam a poupança.

É pertinente anotar que no Brasil, Turquia e Egito são impostas as mais elevadas taxas de juros do mundo. O país tem também um elevadíssimo *spread* bancário, que constitui a diferença entre as taxas praticadas pelos bancos nos empréstimos que concedem, e as taxas com as quais os poupadores e aplicadores são remunerados.³¹

É forçoso reconhecer, no entanto, que a matéria atinente aos limites das taxas de juros compensatórios dos contratos firmados por instituições do Sistema Financeiro Nacional continua sendo, na vigência do Código Civil/2002, regulamentada pelo Conselho Monetário Nacional, que pelo menos até então não impôs teto à cobrança deste encargo, nada obstando, contudo, que o Poder Judiciário revise os contratos nos quais as remunerações exigidas discrepem da média do mercado, caracterizando abuso e violação do princípio da função social do contrato.

5. Restrições à Liberdade de Estipulação da Remuneração do Mutuante

Como já exposto nas seções antecedentes deste trabalho, os Tribunais Superiores sedimentaram o entendimento segundo o qual a exigência, pelas instituições financeiras, de juros compensatórios em patamares superiores aos previstos na redação original da Constituição Federal e na Lei de Usura (12% ao ano) não caracterizam, por si só, prática empresarial abusiva, havendo de se observar o comportamento das demais instituições do mercado financeiro à época da celebração de negócio.

Assim, como o *preço do dinheiro* flutua ao sabor das complexas regras do mercado, inexistente no ordenamento jurídico pátrio, pelo menos até então, regra jurídica que especificadamente limitem os juros remuneratórios nas operações realizadas pelas instituições financeiras, que, entretanto, devem se submeter a princípios e normas conducentes ao cumprimento da função social do contrato e à proteção constitucional do consumidor, como se verá a seguir.

5.1. O Princípio da Boa-Fé e o Dever Anexo de Informação

O Código de Defesa do Consumidor prescreve que são nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que “estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa fé ou a equidade” (art. 51, inc. IV).

Nelson Nery Júnior conceitua a cláusula abusiva como aquela que, inserta ou não em contrato de adesão, é notoriamente desfavorável à parte mais fraca da relação contratual, o consumidor (CDC, art. 4º, inc. I), tornando o negócio inválido pela quebra de equilíbrio entre as partes.³²

Destarte, são abusivas as cláusulas que, “em contratos entre as partes de desigual força, reduzem unilateralmente as obrigações do contratante mais forte ou agravam as do mais fraco, criando uma situação de grave desequilíbrio entre elas”, destruindo a relação de equivalência entre a prestação e a contraprestação, consoante a lição de Fernando Noronha.³³

Por meio do suprarreferido dispositivo legal, o Código de Defesa do Consumidor

veiculou a cláusula geral de boa-fé como princípio norteador de todas as relações de consumo. Este postulado, que é universal e adotado em boa parte das legislações dos países ocidentais, também foi prestigiado pelo Código Civil de 2002, que, nas suas *disposições gerais* sobre os contratos, preceituou: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé” (art. 422).

Cláudia Lima Marques explica que a boa-fé objetiva, que deve funcionar na formação e não execução das obrigações, consubstancia um *standard*, um parâmetro geral de atuação do homem médio, do bom pai de família que agiria de maneira normal e razoável na situação sob análise, representando a atitude de lealdade, de fidelidade, de cooperação, de cuidado que é legitimamente esperada na reação entre homens honrados, no respeitoso cumprimento das expectativas reciprocamente confiadas. Significa, assim, uma atitude respeitosa ao parceiro contratual, respeitando-se seus “interesses legítimos, suas expectativas razoáveis, seus direitos, agindo com lealdade, sem abuso, sem obstrução, sem causar lesão ou desvantagem excessiva, cooperando para atingir o bom fim das obrigações.”³⁴

O princípio da boa-fé irradia deveres anexos na relação obrigacional, entre os quais podem ser citados os deveres de lealdade e transparência na realização do negócio jurídico, prestando-se informações exatas e detalhadas acerca das características do objeto da avença, bem como os deveres de colaboração, solidariedade e da proteção do outro contratante, traduzindo este último a necessidade de se evitarem danos mútuos.

O dever de informar exsurge no sistema protetivo do consumidor, portanto, como uma faceta da boa-fé objetiva, dado que esta não se concretiza sem que o contratante permita ao outro ciência pormenorizada de todas as condições da avença, evitando-se surpresas, frustração de expectativas, dúvidas interpretações do negócio e acidentes de consumo.

Bem por isto que o Código de Defesa do Consumidor anuncia como um dos direitos básicos do consumidor a informação adequada e clara sobre o produto e serviço, com especificações sobre quantidade, características, composição, qualidade e preço (art. 6º, inc. III).

Proíbe-se, deste modo, a denominada *cláusula-surpresa*, que pode decorrer não só da má-fé do fornecedor na conclusão do contrato e da falta de esclarecimento adequado do conteúdo do negócio, mas também de redação obscura, dúvida ou contraditória dos ditames contratuais. Este vício se configura quando há no negócio um efeito surpresa ou de burla, que ocorre, por exemplo, com a falta de esclarecimento apropriado ao consumidor, pelo fornecedor, das conseqüências do pacto, importando, para a configuração desta situação, a experiência negocial do contratante, o contexto da economia e o tipo do ajuste.³⁵

Na acepção de Fernanda Nunes Barbosa, na esfera contratual, o dever de informar consiste num meio de proteção do consentimento, das expectativas geradas, da confiança empreendida, que ganha ainda maior relevância nas contratações à distância, “globalizadas e desmaterializadas”, em que não há contato pessoal dos contratantes. Tal dever assume relevante papel na fase das tratativas contratuais, momento em que o consumidor fará sua escolha, seja quanto ao fornecedor, seja quanto ao bem ou ao serviço, seja ainda quanto às características do negócio.³⁶

Em tema de contratos bancários, a obrigação de informar e aconselhar se baseiam na confiança necessária que o consumidor deposita no profissional que detém os conhecimentos técnicos da operação de crédito ofertada, sendo imprescindíveis para o cumprimento deste dever anexo a lealdade e a veracidade, impondo-se ao fornecedor do crédito, desta forma, “a obrigação primária de não enganar o consumidor”.

A instituição financeira deve, pois, cumprir adequadamente a obrigação positiva de

informar de maneira clara, completa, translúcida, transmitindo as informações de alta tecnicidade que possui, tendo em vista estimular a escolha racional do consumidor e prevenir litígios.³⁷

O Código de Defesa do Consumidor preceitua, no seu art. 46, que os contratos que regulam as relações de consumo não obrigam os consumidores se não lhes for dada oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance.

Imprimindo de igual modo relevância à transparência que deve balizar as relações consumeristas, o *Codex* estatui também que, nos contratos de adesão, as cláusulas que implicam em limitação aos direitos do consumidor devem ser redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão (art. 54, § 4º).

Nesta ordem de ideias, no que se refere ao fornecimento de produtos e serviços que envolvem concessão de crédito, como é o caso dos negócios bancários em estudo, o fornecedor deve atender ao dever de informação cientificando o consumidor previamente das especificidades do contrato, tais como o preço do produto, o montante dos juros incidentes, a taxa efetiva anual dos juros, acréscimos moratórios e a importância total a pagar.

Ao revés, em visão singular na jurisprudência, o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná decidiu que o consumidor que celebra contrato de financiamento de veículo, gravado com cláusula de alienação fiduciária, em cujo instrumento estão previstos detalhadamente os encargos financeiros exigidos, prevendo-se o pagamento de contraprestação em parcelas de valor fixo, e após a formalização do negócio propõe ação revisional buscando a revisão das cláusulas contratuais, age determinado por comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*), postura não albergada pelo ordenamento jurídico. Confira-se:

DIREITO CIVIL – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO REVISIONAL – CONTRATO DE FINANCIAMENTO DE VEÍCULO AUTOMOTOR GARANTIDO POR ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA – INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA – ART. 6º, VIII, DO CDC – HIPOSSUFICIÊNCIA – INOCORRÊNCIA – PROVA FACILMENTE ACESSÍVEL – DEFICIÊNCIA PROBATÓRIA IMPUTÁVEL AO CONSUMIDOR – LIMITAÇÃO CONSTITUCIONAL DE JUROS – ART. 192, §3º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – REGRA NÃO AUTO-APLICÁVEL – SÚMULA Nº 648 DO STF – COMISSÃO DE PERMANÊNCIA – LEGALIDADE – CUMULAÇÃO COM CORREÇÃO MONETÁRIA – NÃO COMPROVAÇÃO – CORREÇÃO MONETÁRIA – ÍNDICE ABUSIVO – AUSÊNCIA DE PROVA DA INCIDÊNCIA – MULTA MORATÓRIA – PREVISÃO CONTRATUAL QUE RESPEITA LIMITE DO CDC – CAPITALIZAÇÃO DE JUROS – OCORRÊNCIA – TABELA PRICE – LEGALIDADE – CÁLCULO DOS JUROS NO MOMENTO DA FORMULAÇÃO DA PROPOSTA – FASE PRÉ-CONTRATUAL – ACEITAÇÃO DO CONSUMIDOR A PREÇO CERTO E DETERMINADO – “VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM” – CADASTRO DE RESTRIÇÃO DE CRÉDITO – INSCRIÇÃO DO NOME DO DEVEDOR INADIMPLENTE – POSSIBILIDADE – EXERCÍCIO REGULAR DE DIREITO – RECURSO DE APELAÇÃO DESPROVIDO – 1. [...] 2. Limitação de juros - Art. 192, §3º, da Constituição Federal. A jurisprudência é pacífica

sobre a não auto-aplicabilidade da regra constitucional que limitava os juros reais a 12% ao ano. Súmula nº 648 do eg. STF. 3. [...] 4. Correção monetária. Não ficou comprovada sequer a incidência da correção monetária, e muito menos a utilização de índice abusivo. O contrato previa o pagamento das prestações em parcelas fixas e idênticas, não havendo porque se cogitar da incidência de eventuais reajustes monetários. 5. [...] 6. Capitalização de juros. O uso da Tabela Price importa na prática da capitalização de juros. Diferentemente do que geralmente ocorre nos demais contratos bancários, porém, o cálculo realizado pela instituição financeira ocorreu ainda antes da assinatura do contrato, em fase pré-contratual. A fórmula de juros compostos foi utilizada unicamente na elaboração da proposta da instituição financeira, a qual, declaração unilateral de vontade que é, não se condiciona pela vedação ao anatocismo, até porque não é apta para gerar obrigações para o consumidor. Do cálculo realizado na proposta, estipulou-se um preço certo e determinado, insuscetível de variações futuras. O contrato somente se completou a partir do momento em que o consumidor manifestou declaração de vontade no sentido de aceitar o preço proposto pelo fornecedor. Neste particular, é inegável que aderiu ao contrato atraído pelo valor das prestações às quais estaria submetido no decorrer do prazo do contrato, e não propriamente pela taxa de juros que fora empregada no cálculo da dívida. Assim, a vontade das partes convergiu exatamente em relação àquele preço determinado, sendo que a pretensão do consumidor de excluir o anatocismo, que nem mesmo foi praticado durante a vigência da relação contratual, caracteriza verdadeiro “venire contra factum proprium”. Acaso não concordasse com o valor do financiamento, lhe caberia rejeitar desde logo a proposta da instituição financeira, e não aceitá-la, para ulteriormente postular a revisão judicial do contrato. 7. Cadastro de restrição ao crédito. Considerando que o devedor se encontra inadimplente em relação às obrigações assumidas em contrato, parece lógico que é permitido à credora inscrever o respectivo nome nos cadastros de restrição ao crédito.³⁸

Em artigo sobre as cláusulas abusivas nos contratos bancários, na oportunidade em que trata do irrefragável dever de informação ao qual estão incumbidas as instituições financeiras, Bruno Miragem cita com pertinência o caso recente dos contratos de concessão de empréstimo (com desconto em folha), na modalidade de crédito consignado, celebrado principalmente por aposentados, oferecidos ao mercado por meio de publicidade massiva sobre as supostas vantagens do negócio, mas com omissão de informações sobre as obrigações do consumidor, como as relativas ao custo do crédito, forma de pagamento e efeitos do inadimplemento.

Nestes casos, considerando-se inclusive que os tomadores dos créditos são pessoas idosas, muitas vezes com baixa escolaridade, a não especificação do ônus financeiro no instrumento do contrato, e o prévio esclarecimento ao mutuário, determinam a caracterização do negócio “como cláusula abusiva, em razão do comprometimento da qualidade do consentimento.”³⁹

Portanto, na fase de tratativas do negócio, o consumidor dos serviços bancários deve

ser plenamente cientificado, por meio de regras claras e com razoável facilidade de compreensão, acerca dos custos de captação dos recursos financeiros, indicando-se com clareza as taxas (mensais e anuais) efetivas e nominais de juros, a incidência de capitalização, e os encargos adicionais exigidos na hipótese de inadimplência.

5.2. Equilíbrio Contratual

Como já explanado, o ordenamento jurídico de proteção ao consumidor estabelece que são írritas, nulas de pleno direito, as disposições contratuais que estabelecem obrigações iníquas, abusivas, que colocam o consumidor em desvantagem exagerada (CDC, art. 54, inc. IV).

Na lição de Sérgio Cavalieri Filho, a expressão *vantagem exagerada* consubstancia um conceito jurídico indeterminado, “uma disposição legal propositadamente vaga, imprecisa, a ser determinada pelo juiz no caso concreto, com prudência, bom senso, ponderação e equidade.” A cláusula abusiva por vantagem exagerada caracteriza quando são estipuladas condições acentuadamente desvantajosas para uma das partes, tornando o contrato desequilibrado.⁴⁰

Os vocábulos que formam o dispositivo legal sob enfoque são, de fato, propositadamente amplos e subjetivos, consubstanciando uma verdadeira *norma geral proibitória* de todos os tipos de abusos contratuais (*cláusula geral da boa-fé*, da *equidade* e do *equilíbrio nas relações contratuais*), e permitem larga margem de atuação ao Poder Judiciário, a quem cabe concretizar a almejada justiça contratual.⁴¹

O próprio diploma legal fornece (art. 54, § 1º) balizas iniciais para a compreensão da extensão do conceito indeterminado que veicula, ao dispor, de forma exemplificativa, que são presumidas *exageradas*, entre outras, as vantagens que ofendem princípios jurídicos fundamentais, que restringem direitos ou obrigações inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou o equilíbrio contratual, e as que se mostram excessivamente onerosas.⁴²

O instituto assemelha-se com a lesão, prevista no art. 157, do Código Civil⁴³, que ocorre quando um dos contratantes assume prestação manifestamente desproporcional sob premente necessidade ou em razão de inexperiência. A diferença entre os dois institutos – ambos se sobressaem na formação do negócio jurídico – é que, no caso da lesão prevista no CDC, basta a ocorrência de desproporção entre as obrigações contratadas, não sendo de rigor a averiguação se o consumidor encontrava-se ou não em estado de necessidade ou era inexperiente.⁴⁴

No caso dos negócios jurídicos bancários, as disposições que violam o equilíbrio do contrato são aquelas que prevêm em favor da instituição financeira remuneração incompatível como a natureza do ajuste, gerando-lhe vantagem destoante daquela obtida pelas demais empresas do mercado em operações semelhantes, ou que submetem o consumidor ao papel de mero coadjuvante na condução dos rumos do negócio, conferindo-se ao mutuante poder de dispor unilateralmente sobre elementos significativos do pacto, por meio, por exemplo, da muito conhecida cláusula-mandato, repudiada pelos Tribunais.⁴⁵

Fernando Rodrigues Martins explica que a ideia de equidade encontra-se atrelada a *equivalência material*, que leva a uma suficiente aproximação entre as prestações, quer na perspectiva do preço, quer na perspectiva dos direitos e deveres entre as partes. O princípio objetivo da equivalência entre prestação e a contraprestação se realiza quando estas tenham um valor sensivelmente correspondente.⁴⁶

Neste passo, verificado o desequilíbrio na relação contratual ante a cobrança de taxa de juros excessivamente onerosa para o mutuário, gerando uma vantagem exagerada para a instituição

financeira, destoante das práticas do mercado, cabe a intervenção do Poder Judiciário para revisar o pacto e promover o reequilíbrio das obrigações, tendo em mira, mormente, os critérios da equidade, comutatividade, proporcionalidade e boa-fé que devem orientar tais relações jurídicas.

Assim, se é certo que, segundo o entendimento dos Tribunais Superiores, a taxa de juros compensatórios fixada em ajustes bancários não é abusiva simplesmente por exceder o patamar de 12% (doze por cento) ao ano, também é certo que, para que seja tido como válido, tal encargo deve ser compatível com os princípios da boa-fé e equidade que devem conduzir a formação e execução os negócios jurídicos, não ensejando vantagem exagerada ou enriquecimento ilícito por parte da instituição financeira.

Assinale-se que o negócio jurídico bancário, livremente firmado no âmbito da autonomia privada, somente merece ser revisto em sede judicial se plenamente verificada, no caso concreto, a anormalidade (*patologia*) em razão de algum dos vícios acima aludidos, devendo ser prestigiados, por conseguinte, outros princípios de igual modo caros à ordem jurídica, como os da segurança jurídica e da liberdade contratual.

Como adverte Humberto Theodoro Júnior, a possibilidade de revisão do contrato não deve aquinhoar o consumidor com o poder unilateral de desvencilhar-se, por razões pessoais, do vínculo contratual. Assim como a proteção aos consumidores, o respeito ao contrato isento de vícios originários e não contaminado pela superveniência de desequilíbrio insuportável entre as prestações bilaterais também é imperativo do sistema constitucional brasileiro, “inspirado que se acha, no plano econômico, pelo critério de previsibilidade e pelos princípios da valorização do trabalho, da livre iniciativa e da função social da propriedade assim como na intangibilidade do ato jurídico perfeito e do direito adquirido.”⁴⁷

6. O Sistema Francês de Amortização – Tabela Price

Bastante empregado em diversos contratos bancários, tais como os de empréstimo consignado, financiamento garantido por alienação fiduciária e o arrendamento mercantil (*leasing*), o Sistema Francês de Amortização (Tabela Price) tem como “característica primordial a igualdade absoluta do valor monetário de suas prestações, nas quais se enclausuram, além das verbas amortizadoras do principal financiado, os juros cobrados pelos agentes emprestadores.”⁴⁸

Este mecanismo de amortização foi engendrado, no século XVIII (1771), pelo filósofo, matemático e teólogo inglês Richard Price, viabilizando o cálculo de parcelas em valores fixos e sucessivos, sendo um dos sistemas de amortização mais utilizados no mundo na atualidade.

A Tabela **Price** é conformada a partir da seguinte fórmula:

$$PMT = VF \cdot \frac{[(1+i)^n \cdot i]}{[(1+i)^n - 1]}$$

onde: PMT = prestação
VF = valor financiado
i = taxa de juros
n = prazo do contrato
(considerado exponencialmente)

O valor de cada uma das prestações, que é único, engloba duas partes, os juros e a amortização. Cada uma das parcelas é suficiente para satisfazer o pagamento integral dos juros incidentes no período, de maneira que não há juros acumulados com o principal, o que possibilitaria a cobrança de juros sobre juros na fase seguinte da operação.

A REVISTA DA UNICORP

A título de exemplo, cogite-se um financiamento de R\$ 4.000,00 (quatro mil reais) para ser adimplido em três prestações mensais pelo Sistema Francês de Pagamento, com juros de 10% (dez por cento) ao mês.

O valor da parcela é calculado consoante a fórmula supra-aludida, que fica no exemplo assim posta:

$$PMT = 10000,00 \cdot \frac{((1+0,1)^3 \cdot 0,1)}{((1+0,1)^3 - 1)} = R\$ 1.608,46$$

A tabela a seguir esboçada⁴⁹, traçada segundo o modelo Price, bem ilustra a dinâmica do financiamento:

PERÍODO	SALDO INICIAL	PAGAMENTO			SALDO FINAL
		JUROS	AMORTIZAÇÃO	TOTAL	
1	4.000,00	400,00	1.208,46	1.608,46	2.791,54
2	2.791,54	279,15	1.329,31	1.608,46	1.462,23
3	1.462,23	146,22	1.462,23	1.608,46	0,00

Assim, neste exemplo, no primeiro período (mês) do financiamento os juros gerados foram de R\$ 400,00 (quatrocentos reais), que equivalem a 10% (dez por cento) do capital mutuado (R\$ 4.000,00). O valor da amortização é dado subtraindo-se os juros do período do valor da prestação (R\$ 1.608,46 – R\$ 400,00), resultando em R\$ 1.208,46 (um mil, duzentos e quarenta e seis reais e quarenta e seis centavos).

Daí que, ao final do primeiro mês do financiamento, o saldo devedor é de R\$ 2.791,54 (dois mil, setecentos e noventa e um reais e cinquenta e quatro centavos), obtido subtraindo a amortização efetuada do montante emprestado (R\$ 4.000,00 – R\$ 1.208,46).

Na segunda prestação, repete-se o procedimento, de modo que os juros (10%) são calculados tendo por base o saldo devedor naquele período (R\$ 2.791,54), obtendo-se a quantia de R\$ 279,15 (duzentos e setenta e nove reais e quinze centavos) como os encargos remuneratórios daquele mês, e, em consequência, amortização de R\$ 1.329,31 (um mil, trezentos e vinte e nove reais e trinta e um centavos).

Na terceira parcela, e nas seguintes, se existissem, repete-se o mecanismo, de maneira que os juros incidentes em cada período são integralmente pagos pela prestação de valor fixo, servindo o restante de amortização do principal.

Nota-se, também, que os valores das amortizações são crescentes, enquanto que os juros incidentes decrescem de forma geométrica ou exponencial.

Portanto, considerando que “os juros sobre a totalidade da dívida em cada período são integralmente pagos em cada prestação, não se agregando ao saldo devedor e nem servindo de base para o cálculo das prestações seguintes”, não há como falar-se em cobrança de juros sobre juros, ou seja, da capitalização ou anatocismo, como conclui o advogado e contador Moacyr Boer, professor aposentado do Departamento de Ciências Contábeis da Universidade Estadual de Londrina⁵⁰.

Saliente-se que, consoante o art. 354, do Código Civil, “Havendo capital e juros vencidos, o pagamento imputar-se-á primeiro nos juros vencidos, e depois no capital, salvo estipulação em contrário, ou se o credor passar a quitação por conta do capital”.

Assim, no caso da série de pagamentos conforme a Tabela Price, os encargos decorrentes

dos *juros vencidos* são sempre satisfeitos, e o que sobra em cada prestação é imputado *no adimplemento do capital*, servindo para amortizar a dívida.

A circunstância de que a fórmula matemática de composição da Tabela Price contém a expressão $(1+i)^n$ conduz alguns operadores do Direito e matemáticos a afirmarem que tal sistema de pagamento ensina a capitalização dos juros ajustados, discussão que inunda os juízos e tribunais com litígios entre mutuários e instituições financeiras.

Asseveram os seguidores desta tese que, como há um fator exponencial em sua fórmula, o Sistema Price motiva a capitalização dos juros incidentes, de modo que a dívida cresce em progressão geométrica ao longo do tempo.

Márcio Melo Casado, advogado especialista em Direito Bancário, defende que “a capitalização de juros se faz incontroversa quando se contempla a fórmula utilizada para o cálculo das prestações constantes da série postecipada, dentro do qual se encastela, sem nenhum pudor, o fato exponencial $(1+i)^n$ ”.⁵¹

Entretanto, como exposto, quando a Tabela Price é fielmente aplicada o valor da prestação sempre é suficiente para satisfazer o montante de juros gerados no período, de modo que não há oportunidade para que o *quantum* correspondente a tal encargo, não pago, venha a ser somado ao saldo devedor, possibilitando a capitalização.

Deste modo, a utilização de exponenciação na fórmula que efetiva a Tabela Price ocorre tão somente para que se encontre um valor uniforme na série de pagamentos, não ensejando, por si só, a cobrança de juros sobre juros.

Ocorre que, em contratos de longo prazo, como aqueles regidos pelo Sistema Financeiro de Habitação (SFH)⁵², não raro há descompasso entre o valor das parcelas (às vezes atrelado à equivalência salarial do mutuário) e o saldo devedor do financiamento, que é atualizado por índices de correção monetária, acarretando-se pagamento de prestações com amortizações negativas, ou seja, que não são suficientes nem mesmo para satisfazer os juros incidentes no período.

Nestes casos, os juros não pagos são incorporados ao saldo devedor, causando de fato a capitalização, uma vez que os juros do período seguinte vão incidir sobre o *quantum* do encargo não adimplido na fase imediatamente anterior do financiamento, já integrado ao principal da dívida.

Adolfo Mark Penkuhn menciona os contratos de financiamento de longo prazo, cuja execução chega a vinte anos, caso em que “o valor do principal pode ser ter tal maneira elevado, em função de sua correção monetária, que os juros produzidos excedam o valor das parcelas, o que pode levar, aí sim, a uma indevida capitalização dos mesmos”, isto ocorrendo quando o saldo devedor é corrigido mensalmente e as prestações anualmente. “Cumpra anotar” – conclui o parecerista – “porém, que a ilegalidade não estará na tabela *price*, ou no sistema de amortização eventualmente utilizado, mas na forma de correção monetária adotada.”⁵³

Em dissertação específica sobre o assunto, Teotonio Costa Rezende obtém conclusão nesta mesma linha, ao sustentar que:

podem ocorrer casos extremos em que o valor da prestação esteja de tal modo sub-reajustado que se torne inferior à parcela de juros e, neste caso específico, ocorre a incorporação de parte dos juros ao saldo devedor – amortização negativa – e, portanto, caracterizando-se a ocorrência de “juros sobre juros”, porém, este é um fenômeno exógeno aos sistemas de amortização e não é exclusivo da Tabela Price, podendo ocorrer em qualquer um dos sistemas de amortização praticados no mercado imobiliário.⁵⁴

Assim, percebe-se que na hipótese suprarreportada o Sistema de Pagamentos Constante, que como a denominação sugere importa no estabelecimento de prestações de igual valor, é claramente desnaturado, de maneira que aí já não é mais possível se cogitar a existência da Tabela Price, mas sim de um outro plano específico de pagamentos.

O Superior Tribunal de Justiça firmou o seguinte posicionamento sobre a temática:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO – SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO – TABELA PRICE – AGRAVO IMPROVIDO – I - A jurisprudência da Corte orientou-se no sentido de que a análise da existência de capitalização de juros no sistema de amortização da Tabela Price afigura-se inviável na via estreita do recurso especial, pois a modificação do julgado esbarra no óbice da Súmula 7 do Superior Tribunal de Justiça, que veda o reexame de conteúdo fático-probatório delimitado pelas instâncias ordinárias. Agravo Regimental improvido.⁵⁵

Ainda:

ADMINISTRATIVO – FIES – INAPLICABILIDADE DO CDC – TABELA PRICE – ANATOCISMO – SÚMULA 7/STJ – CAPITALIZAÇÃO DE JUROS – AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL – 1 - Na relação travada com o estudante que adere ao programa do financiamento estudantil, não se identifica relação de consumo, porque o objeto do contrato é um programa de governo, em benefício do estudante, sem conotação de serviço bancário, nos termos do art. 3º, § 2º, do CDC. Assim, na linha dos precedentes da Segunda Turma do STJ afasta-se a aplicação do CDC. 2- A insurgência quanto à ocorrência de capitalização de juros na Tabela Price demanda o reexame de provas e cláusulas contratuais, o que atrai o óbice constante nas Súmula 5 e 7 do STJ. Precedentes. 3- Ausente o interesse recursal na hipótese em que o Tribunal local decidiu no mesmo sentido pleiteado pelo recorrente, afastando a capitalização. 4- Recurso especial parcialmente conhecido e não provido.⁵⁶

Neste quadro, visualiza-se que não tem sustentáculo a assertiva de que a Tabela Price sempre induz à capitalização dos juros exigidos nos contratos bancários. Noutro ponto, a ocorrência de anatocismo em contratos como aqueles típicos do Sistema Financeiro de Habitação constitui uma deturpação deste sistema matemático, podendo ser constatada somente mediante prova pericial contábil.

7. Conclusões

Do quanto exposto extraem-se as seguintes conclusões:

a) Os preceitos do Código de Defesa do Consumidor podem excepcionalmente disciplinar os contratos bancários firmados por empresários no desenvolvimento da

ENTRE ASPAS

atividade produtiva, se evidenciado o desequilíbrio da relação negocial em decorrência da vulnerabilidade (técnica, fática ou jurídica) do tomador do crédito.

b) Nos contratos bancários, inexistindo estipulação a respeito, os juros moratórios incidentes devem ser calculados conforme a taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia – SELIC, e, se previstos no pacto, não podem ultrapassar o patamar de 1% (um por cento) ao mês;

c) As normas da Lei de Usura e do Código Civil limitam as taxas de juros remuneratórios não são aplicadas nas relações contratuais celebradas pelas instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional, podendo o Poder Judiciário, todavia, revisar as disposições dos contratos conflitantes com o princípio da boa-fé ou que se revelem abusivas e destoantes da média do mercado;

d) É válida a capitalização dos juros remuneratórios nos negócios jurídicos bancários firmados após a entrada em vigor da Medida Provisória nº 1963-17, de 30/03/2000;

e) O Sistema Francês de Amortização (Tabela Price), quando exatamente aplicado, ou seja, sem qualquer desnaturação causada pela incidência de outras disposições dos contratos de mútuo bancário, não gera a incorporação de juros vencidos e não pagos ao capital mutuado, não ensejando, por conseguinte, a capitalização dos juros ou anatocismo.

Referências

ALBUQUERQUE, Leonidas Cabral. *Considerações sobre os juros legais no novo Código Civil*. Juris Síntese IOB, São Paulo, nº 83, maio-jun. 2010, CD-ROM.

BARBOSA, Fernanda Nunes. *Informação: direito e deveres nas relações de consumo*. São Paulo: RT, 2008, p. 94-98.

BDINE JÚNIOR, Hamid Charaf; ROSENVALD, Nelson. et al. *Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Manole, 2007.

BOER, Moacyr. *A alegada capitalização de juros na tabela Price*. Disponível em: <http://www.crcpr.org.br/publicacoes/downloads/revista139/tabela_price.htm>. Acesso em 02 ago. 2010.

BRUNI, Adriano Leal; FAMÁ, Rubens. *Matemática financeira com HP 12C e Excel*. São Paulo: Atlas, 2002.

CASADO, Márcio Melo. *Proteção do consumidor de crédito bancário ou financeiro*. São Paulo: RT, 2000.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de direito do consumidor*. São Paulo: Atlas, 2008.

COSTA, Geraldo de Farias Martins da Costa. Superendividamento: solidariedade e boa-fé. In: In: MARQUES, Cláudia Lima; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (Coord.). *Direitos do consumidor endividado*:

superendividamento e crédito. São Paulo: RT, 2006. p. 230-254.

DERANI, Cristiane. Parecer Complementar – O sentido da expressão “Interpretação conforme a Constituição”. In: MARQUES, Cláudia Lima; ALMEIDA, João Batista de; PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. *Aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos bancos*: ADIn 2.591. São Paulo: RT, 2006. p. 55-70.

DINIZ, Maria Helena. *Dicionário Jurídico*. Vol. 3. São Paulo: Saraiva, 1998.

GALDINO, Valéria Silva. *Cláusulas Abusivas*. São Paulo: Saraiva, 2001.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. II Vol. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2002.

MARQUES, Cláudia Lima. Sugestões para uma lei sobre o tratamento do endividamento de pessoas físicas em contratos de crédito de consumo: proposições com base empírica de 100 casos no Rio Grande do Sul. In: MARQUES, Cláudia Lima; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (Coord.). *Direitos do consumidor endividado: superendividamento e crédito*. São Paulo: RT, 2006. p. 255-309.

MARTINS, Fernando Rodrigues Martins. *Princípio da justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 2009.

MIRAGEM, Bruno. Cláusulas abusivas nos contratos bancários e a ordem pública constitucional de proteção ao consumidor. In: MARQUES, Cláudia Lima; ALMEIDA, João Batista de; PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. *Aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos bancos*: ADIn 2.591. São Paulo: RT, 2006. p. 308-362.

NERY JÚNIOR, Nelson. et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

OLIVEIRA, Celso Marcelo. Juros Bancários e a política monetária do Banco Central. *Juris Síntese IOB*, São Paulo, nº 83, maio-jun. 2010, CD-ROM.

PENKUHN, Adolfo Mark. *A legalidade da tabela Price*. Disponível em: <<http://www.aepadvogados.adv.br/pdf/a-legalidade-da-tabela-price.pdf>>. Acesso em: 02 ago 2010.

PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Código de Defesa do Consumidor e sistema financeiro nacional: primeiras reflexões sobre o julgamento da ADI 2.591. In: MARQUES, Cláudia Lima; ALMEIDA, João Batista de; PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. *Aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos bancos*: ADIn 2.591. São Paulo: RT, 2006, p. 279-300.

REZENDE, Teotônio Costa. *Crédito imobiliário: a falácia da capitalização de juros e da inversão do momento de deduzir a cota de juros*. 2003. 151 f. Dissertação (Mestrado Profissional em Gestão e Estratégia em Negócios)- Instituto de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2003.

THEODRO JÚNIOR, Humberto. *Direitos do consumidor: a busca de um ponto de equilíbrio entre as garantias do Código de Defesa do Consumidor e os princípios gerais do direito civil e do direito processual civil*. 5. ed. rev. e atualiz. de acordo com o Código Civil de 2002. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

¹ “Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

§ 1º Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.

§ 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.”

² “Art. 192, caput, da CF: “O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, em todas as partes que o compõem, abrangidas as cooperativas de crédito, será regulado por leis complementares que disporão, inclusive, sobre a participação do capital estrangeiro nas instituições que o integram.” (grifou-se).

³ Cf. PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Código de Defesa do Consumidor e sistema financeiro nacional: primeiras reflexões sobre o julgamento da ADI 2.591. In: MARQUES, Cláudia Lima; ALMEIDA, João Batista de; PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos bancos: ADIn 2.591. São Paulo: RT, 2006, p. 284-285.

⁴ Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2002, p. 338-442.

⁵ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de direito do consumidor. São Paulo: Atlas, 2008, p. 50.

⁶ Código de Defesa do Consumidor e sistema financeiro nacional: primeiras reflexões sobre o julgamento da ADIn 2.591, op. cit., p. 293-295.

⁷ Contratos no Código de Defesa do Consumidor, op. cit., p. 452-453.

⁸ Recurso Especial nº 502.797-MG, Relator Ministro Ruy Rosado Aguiar, DJU de 10/11/2003.

⁹ Código Civil, art. 394.

¹⁰ A mora pode resultar não só do descumprimento do negócio jurídico, mas também da Lei, como é o caso da mora concernente às obrigações derivadas de ato ilícito, que tem como termo a quo a data do próprio evento danoso (Código Civil, art. 398).

¹¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro. II Vol. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 365.

¹² Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Manole, 2007, p. 296.

¹³ Cf. ALBUQUERQUE, Leonidas Cabral. Considerações sobre os juros legais no novo Código Civil. Juris Síntese IOB, São Paulo, nº 83, maio-jun. 2010, CD-ROM.

¹⁴ Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Manole, 2007, p. 466.

¹⁵ Agravo Regimental no Recurso Especial nº 727.842/SP, da Terceira Turma, Relator Ministro Humberto Gomes de Barros, Brasília, DF, 14 de dezembro de 2007.

¹⁶ Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 727.842/SP, Relator: Ministro Teori Albino Zavascki, Brasília, DF, 20 de novembro de 2008.

¹⁷ DERANI, Cristiane. Parecer Complementar – O sentido da expressão “Interpretação conforme a Constituição”. In: MARQUES, Cláudia Lima; ALMEIDA, João Batista de; PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos bancos: ADIn 2.591. São Paulo: RT, 2006, p. 60.

¹⁸ Cf. ROSENVALD, Nelson. Código Civil comentado, op. cit., p. 466.

¹⁹ Apud MIRAGEM, Bruno. Cláusulas abusivas nos contratos bancários e a ordem pública constitucional de proteção ao consumidor. In: MARQUES, Cláudia Lima; ALMEIDA, João Batista de; PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos bancos: ADIn 2.591. São Paulo: RT, 2006, p. 338.

²⁰ Dicionário Jurídico. Vol. 3. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 29.

²¹ Cf. CASADO, Márcio Melo. Proteção do consumidor de crédito bancário ou financeiro. São Paulo: RT, 2000, p. 127.

²² A Lei nº 11.977, de 07/07/2009, que instituiu o Programa Minha Casa, introduziu o art. 15-A na Lei nº 4.380, de

21/08/1964, possibilitando a capitalização dos juros nos contratos de mútuo habitacional. O regramento ficou assim redigido: “Art. 15-A. É permitida a pactuação de capitalização de juros com periodicidade mensal nas operações realizadas pelas entidades integrantes do Sistema Financeiro da Habitação - SFH.”

²³ Agravo Regimental no Recurso Especial nº 105.298/MS, da 4ª Turma, Relator Ministro Aldir Passarinho Junior, Brasília, DF, 04 de fevereiro de 2010, DJe 1º de março de 2010.

²⁴ O julgamento da ADIN foi suspenso, pela última vez, em 05/11/2008, sendo que já votaram pela concessão da medida cautelar os Ministros Sydney Sanches, Marco Aurélio e Carlos Brito. Posicionaram-se pelo indeferimento da medida os Ministros Carmen Lucia e Menezes Direito.

²⁵ Eis o teor da Súmula Vinculante de nº 07 da Suprema Corte: “A norma do § 3º do art. 192 da Constituição, revogada pela Emenda Constitucional nº 40/2003, que limitava a taxa de juros reais a 12% ao ano, tinha sua aplicação condicionada à edição de lei complementar.” Ainda sob a égide do Código Civil de 1916, o Superior Tribunal de Justiça proclamou que “As empresas administradoras de cartão de crédito são instituições financeiras e, por isso, os juros remuneratórios por elas cobrados não sofrem as limitações da Lei de Usura” (Súmula nº 283).

²⁶ Ver os entendimentos jurisprudenciais e doutrinários mencionados na Seção 2 do trabalho.

²⁷ Código Civil comentado, op. cit., p. 466.

²⁸ Confira-se a Súmula nº 296 daquela Corte: “Os juros remuneratórios, não cumuláveis com a comissão de permanência, são devidos no período de inadimplência, à taxa média de mercado estipulada pelo Banco Central do Brasil, limitada ao percentual contratado.”

²⁹ Recurso Especial nº 1061530/RS, Segunda Seção, Relatora Ministra Nancy Andrihgi, Brasília, DF, 22 de outubro de 2008, publicado no DJe em 10 de março de 2009.

³⁰ Sugestões para uma lei sobre o tratamento do endividamento de pessoas físicas em contratos de crédito de consumo: proposições com base empírica de 100 casos no Rio Grande do Sul. In: MARQUES, Cláudia Lima; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (Coord.). Direitos do consumidor endividado: superendividamento e crédito. São Paulo: RT, 2006, p. 285-292.

³¹ OLIVEIRA, Celso Marcelo. Juros Bancários e a política monetária do Banco Central. Juris Síntese IOB, São Paulo, nº 83, maio-jun. 2010, CD-ROM.

³² Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p. 501.

³³ apud GALDINO, Valéria Silva. Cláusulas Abusivas. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 12.

³⁴ Contratos no Código de Defesa do Consumidor, op. cit., p. 181-182. Fernando Rodrigues Martins assevera que tão significativa a boa-fé espargida em leis de natureza privada que a doutrina lhe conferiu o status de “topos subversivo” do direito obrigacional, “capacitando o jurista e o operador da lei a compreendê-la, sem qualquer dificuldade, além da noção de norma (regra e princípio), dignificando-a como standard”. (Princípio da justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 268).

³⁵ Cf. NERY JÚNIOR, Código brasileiro de defesa do consumidor..., op. cit., p. 517.

³⁶ Informação: direito e deveres nas relações de consumo. São Paulo: RT, 2008, p. 94-98. No que se refere à publicidade, Geraldo de Farias Martins da Costa assinala que o CDC estabeleceu o princípio da veracidade (art. 37, § 1º), proibindo a publicidade enganosa, mediante a indução a erro, ainda que por omissão. O juízo de avaliação da enganosidade é meramente potencial, objetivo, não se exigido a prova da intenção subjetiva do agente. (Superendividamento: a proteção do consumidor de crédito em direito comparado brasileiro e francês. São Paulo: RT, p. 61).

³⁷ COSTA, Geraldo de Farias Martins da Costa. Superendividamento: solidariedade e boa-fé. In: Direitos do consumidor endividado, op. cit., p. 239-242.

³⁸ Acórdão nº 0314510-6, da 15ª Câmara Cível, Relator Desembargador Jurandyr Souza Junior, j. 08.02.2006.

³⁹ Cláusulas abusivas nos contratos bancários e a ordem pública constitucional de proteção do consumidor. In: MARQUES, Cláudia Lima; ALMEIDA, João Batista de; PFEITTER, Roberto Augusto Castellanos (Coord.). Aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos Bancos: ADIn 2.591, São Paulo: RT, 2006, p. 332.

⁴⁰ Programa de direito do consumidor. São Paulo: Atlas, 2008, p. 155-157.

⁴¹ MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor, op. cit., p. 796.

⁴² Art. 54, § 1º do CDC: “Presume-se exagerada, entre outros casos, a vantagem que: I - ofende os princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertence; II - restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou equilíbrio contratual; III - se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso.”

⁴³ “Art. 157. Ocorre a lesão quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta.

§ 1º Aprecia-se a desproporção das prestações segundo os valores vigentes ao tempo em que foi celebrado o negócio jurídico.

§ 2º Não se decretará a anulação do negócio, se for oferecido suplemento suficiente, ou se a parte favorecida concordar com a redução do proveito.”

⁴⁴ Sérgio Cavalieri Filho frisa que o Código Civil exige a premente necessidade ou a inexperiência para a configuração da lesão porque disciplina relações entre iguais (particulares, empresários, etc.), enquanto que o Código do Consumidor regula relação entre desiguais, um deles reconhecidamente mais fraco e vulnerável (Programa de direito do consumidor, op. cit., p. 156).

⁴⁵ Segundo a Súmula nº 60, do STJ, “É nula a obrigação cambial assumida por procurador do mutuário vinculado ao mutuante.”

⁴⁶ Princípio da justiça contratual, op. cit., p.278.

⁴⁷ Direitos do consumidor: a busca de um ponto de equilíbrio entre as garantias do Código de Defesa do Consumidor e os princípios gerais do direito civil e do direito processual civil. 5. ed. rev. e atualiz. de acordo com o Código Civil de 2002. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 17.

⁴⁸ CASADO, Márcio Melo. Proteção do consumidor de crédito bancário e financeiro, op. cit., p. 125.

⁴⁹ Cf. BRUNI, Adriano Leal; FAMÁ, Rubens. Matemática financeira com HP 12C e Excel. São Paulo: Atlas, 2002, p. 312-313.

⁵⁰ A alegada capitalização de juros na tabela Price. Disponível em: <http://www.crcpr.org.br/publicacoes/downloads/revista139/tabela_price.htm>. Acesso em 02 ago. 2010.

⁵¹ Proteção do Consumidor de Crédito Bancário e Financeiro, op. cit., p. 127. O advogado, engenheiro e especialista em perícias financeiras Gilberto da Silva Melo apresenta conclusão no sentido inverso, em artigo intitulado Tabela Price: juros simples ou compostos?, sustentando o expert que “A Tabela Price contempla juros compostos, ou seja, juros sobre juros, configurando o anatocismo”.

⁵² A utilização da Tabela Price em contratos empréstimo ou financiamento efetivados por instituições integrantes do Sistema Financeiro de Habitação foi expressamente prevista na Lei nº 11.977, de 07/07/2009 (art. 75).

⁵³ A legalidade da tabela Price. Disponível em: <<http://www.aepadvogados.adv.br/pdf/a-legalidade-da-tabela-price.pdf>>. Acesso em: 02 ago 2010.

⁵⁴ Crédito imobiliário: a falácia da capitalização de juros e da inversão do momento de deduzir a cota de juros. 2003. 151 f. Dissertação (Mestrado Profissional em Gestão e Estratégia em Negócios)- Instituto de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2003, p. 50.

⁵⁵ Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 1.123.089 (2008/0257375-5), da 3ª Turma, Relator Ministro Sidnei Beneti, DJe 25.06.2009, p. 1002.

⁵⁶ Recurso Especial nº 1.031.694 – (2008/0032454-0), 2ª Turma, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJe 19.06.2009, p. 353. No mesmo sentido: PROCESSUAL CIVIL – AÇÃO ORDINÁRIA – EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL – LEILÃO – SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO – SFH – DECRETO-LEI Nº 70/1966 – TABELA PRICE – 1- (...) 2- A legalidade da utilização da Tabela Price para o reajustamento dos contratos é matéria firmada no âmbito deste Tribunal e, no que diz respeito à existência de capitalização, é matéria cuja comprovação depende de prova. É de se ponderar, por outro lado, que tais pontos dizem respeito ao saldo devedor do contrato, não afetando as prestações mensais, as quais sujeitam-se ao Plano de Equivalência Salarial – PES” (Agravo de Instrumento nº 2009.04.00.011369-7/RS, 4ª Turma, Relatora Desembargadora Marga Inge Barth Tessler, DJe 20.07.2009, p. 371).

O BULLYING E A RESPONSABILIDADE CIVIL DAS ESCOLAS

Clarissa Nilo de Magaldi

Advogada. Graduada pela Universidade Federal da Bahia – UFBA e pós-graduada em Direito do Estado pelo JusPodivm.

Resumo: Por meio do presente trabalho objetiva-se analisar o fenômeno *bullying* perpetrado no ambiente escolar e seus envolvidos, consequências e o papel dos educadores na prevenção e repressão das agressões. Ademais, busca-se caracterizar o papel do Poder Judiciário na luta contra essa modalidade de violência por meio da responsabilização civil das escolas e do Estado, quando prestador do serviço público de ensino, com embasamento jurídico no sistema brasileiro a partir da teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, da prevalência do princípio da dignidade da pessoa humana, e de normas infraconstitucionais dispostas principalmente no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor. Analisa-se o enquadramento da conduta dos educandários e do Estado na responsabilidade civil subjetiva pela prática de ato ilícito por omissão; bem como na responsabilidade civil objetiva, por ato de terceiro e pela relação de consumo. Por fim, são verificados alguns aspectos secundários, porém relevantes, à responsabilização civil das escolas, tais como a quantificação do dano e a possibilidade de ação regressiva ajuizada pelas escolas contra os alunos e professores autores das agressões.

Palavras-Chave: Violência. *Bullying*. Escolas. Responsabilidade Civil. Subjetiva. Objetiva.

Sumário: 1. Introdução; 2. Noções gerais acerca do *bullying* escolar 2.1. As diversas modalidades de *bullying* 2.2. As faces do *bullying* escolar; 3. A caracterização da responsabilidade civil das escolas 3.1. A responsabilidade subjetiva das escolas pela prática de ato ilícito por omissão 3.2. A responsabilidade objetiva das escolas 3.2.1. A responsabilidade objetiva pelo ato de terceiro 3.2.1.1. A responsabilidade das escolas pelo *bullying* praticado pelos educandos 3.2.1.2. A responsabilidade das escolas pelo *bullying* praticado pelos educadores 3.2.2. A responsabilidade objetiva com base no Código de Defesa do Consumidor 3.2.3. A responsabilidade do Estado prestador do serviço educacional 3.2.3.1. A responsabilidade subjetiva do Estado por ato omissivo 3.2.3.2. A responsabilidade objetiva do Estado por ato comissivo 3.3. Alegações de defesa contra a responsabilidade civil pela prática de *bullying* 3.4. A fixação do *quantum* indenizatório 3.5. Ação regressiva da escola em relação ao *bully*; 4. Conclusões; 5. Lista de citações.

1. Introdução

O direito serve, em regra, à composição dos conflitos decorrentes das relações culturais, como modo de controle social de última instância¹. Sua função primordial é coibir a violência,

de modo a possibilitar o convívio harmônico dos indivíduos organizados em sociedades.

Surpresa com a escassez de estudos científicos acerca da violência, considerando o importante papel por ela assumido perante a história e política humana, Hannah Arendt conclui que “isso indica quanto a violência e sua arbitrariedade foram consideradas corriqueiras e, portanto, negligenciadas; ninguém questiona ou examina o que é óbvio para todos”².

Nessa linha, o *bullying* conforma agressões corriqueiras e negligenciadas, tão óbvias que, apesar de estarem presentes em vários âmbitos sociais – como nos relacionamentos familiares, fraternais, laborais etc. –, são desvalorizadas quanto às suas conseqüências gravosas à integridade física e psíquica dos ofendidos, carecendo de efetiva tutela jurídica pelo sistema brasileiro.

No ambiente escolar, o *bullying* é uma prática extremamente disseminada que aflige o dia-a-dia de alunos e professores em todo o mundo, independentemente de classe social, país, região ou nível de escolaridade dos envolvidos, sendo suas práticas danosas identificadas, inclusive, em ambientes de graduação superior³.

Em recente pesquisa, datado de outubro de 2008, presidida pela organização não-governamental Plan, constatou-se que, por dia, 1 milhão de crianças em todo o mundo, sofrem algum tipo de violência nas escolas. No Brasil, 70% dos 12 mil estudantes entrevistados afirmaram terem sido vítima da violência, sendo um terço relacionada ao *bullying*⁴.

O problema se agrava quando se considera os fatores externos que incentivam a perpetuação e incremento da prática. Conforme ressalta Sônia Maria de Souza Pereira, “o *bullying* é um problema que existe em todas as escolas; ainda assim poucas têm consciência de sua existência ou mesmo das graves conseqüências advindas desses atos cruéis e intimidadores”⁵. Geralmente, ele é confundido com indisciplina ou brincadeiras imaturas, o que mascara seus efeitos estimulantes de transtornos mentais e doenças psicossomáticas, bem como da delinquência e abuso de drogas na adolescência.

Sucede que as crianças e adolescentes, pessoas cujo desenvolvimento cognitivo ainda está em curso, sofrem mais danos psíquicos que adultos agredidos pela mesma modalidade de violência⁶ pois são mais suscetíveis às influências negativas externas e, por conseguinte, aos efeitos nocivos dessa espécie de violência que interfere negativamente na formação de sua personalidade e em diversos aspectos de sua vida futura. A vitimização pelo *bullying* nessa fase de descobertas os torna mais propensos a transformarem-se em sujeitos agressores e a disseminarem a violência na sociedade, como expressão da Síndrome dos Maus-Tratos Repetitivos⁷.

Por essa razão, Cléo Fante afirmou ser o *bullying* um problema de saúde pública⁸ que, como tal, merece intervenção estatal e tutela legislativa e jurisdicional especial tendente à sua erradicação.

Nesse intento, diversas instituições de ensino têm apresentado propostas pontuais e específicas de enfrentamento do problema, como o célebre programa “Educar para a Paz”⁹, de autoria da mencionada pesquisadora. Também o Poder Legislativo tem empregado esforços no combate do *bullying*, conforme projeto de lei n. 1288 de 23 de outubro de 2009, de autoria do Deputado Estadual Alberto Feitosa, da Assembléia Legislativa do Estado de Pernambuco, que tenciona incluir “medidas de conscientização, prevenção, diagnose e combate ao *bullying* escolar no projeto pedagógico elaborado pelas escolas públicas e privadas de educação básica do Estado de Pernambuco, e dá outras providências”¹⁰.

Permanece escassa, contudo, a participação do Poder Judiciário na repressão do *bullying*. Considera-se que tal indiferença judiciária deve-se, em grande parte, à inércia das vítimas, que não submetem o problema ao órgão jurisdicional, cuja interferência depende de provocação,

refletindo a pouca conscientização social acerca da nocividade do *bullying*.

Nada obstante, a crescente divulgação do *bullying* nos meios de comunicação de massa, nos últimos anos, implicará logicamente no aumento de ações judiciais tendentes à prevenção e, principalmente, repressão dessa modalidade de violência no ambiente escolar, devendo os profissionais da área jurídica estar preparados para atender satisfatoriamente a essa demanda.

Considera-se, assim, a responsabilização civil de escolas que se omitirem perante o *bullying*, com a conseqüente imputação de obrigação de indenizar com caráter compensatório e – por que não? – punitivo, como o meio mais eficiente à disponibilidade do Poder Judiciário para enfrentar o problema.

2. Noções Gerais Acerca do *Bullying* Escolar

O termo *Bullying* é o substantivo derivado do verbo *to bully*, que apresenta o sentido de “maltratar, provocar, intimidar, oprimir, amedrontar”, pela lição do Dicionário Inglês-Português, de Antônio Houaiss¹¹. O agressor é denominado *bully* – no plural, *bullies* –, traduzido pelo Dicionário Oxford como “*a person who uses her or his strenght or power to frighten or hurt weaker people*”¹², o que pode ser expresso nos nomes valentão, brigão¹³.

TATUM e HERBERT, conceituando o fenômeno sob o prisma do agente agressor, afirmam que “*bullying is the wilful, conscious desire to hurt, threaten, ou frighten someone*”, ou seja, é “o desejo consciente e deliberado de maltratar uma pessoa e colocá-la sob tensão”¹⁴. Essa conceituação, malgrado encerre noções corretas acerca do *bullying*, não é completa, uma vez que não é apta a diferenciar esse fenômeno estudado das demais formas de violência.

Nesse intento, define-se *bullying* como o termo que designa a reiteração de comportamentos agressivos intencionalmente praticados contra quem se encontra em situação de vulnerabilidade.

2.1. As Diversas Modalidades de *Bullying*

Bullying é um fenômeno corriqueiro nas relações interpessoais, que se exterioriza por meio de diferentes práticas, produzindo resultados igualmente diversos¹⁵. Quanto ao número de agressores envolvidos no ataque a uma mesma pessoa ou grupo, o *bullying* pode ser classificado como individual ou coletivo¹⁶. Embora se considere que a eficácia da violência não dependa da quantidade de pessoas que realizam o ataque, “é na violência coletiva que vem à tona o seu caráter mais perigosamente atrativo”, pois tem fundamento no sentimento de “coerência grupal”, formando vínculo mais forte entre os agressores¹⁷.

Quanto à posição hierárquica dos envolvidos, o *bullying* pode ser praticado de forma horizontal – no âmbito de uma relação de coordenação – ou vertical – em relações de subordinação, que se subdivide, por sua vez, em descendente e ascendente¹⁸.

Com base nas formas de exteriorização das agressões praticadas contra as vítimas, o fenômeno *bullying* pode ser classificado, ainda, em direto e indireto¹⁹. O *bullying* direto caracteriza-se pela agressão anunciada, expressa, por todos presenciada, que visa atacar tanto a integridade física como moral da vítima²⁰, razão por que pode ser subdividido em *bullying* físico e *bullying* meramente moral. As atitudes mais freqüentemente relacionadas ao *bullying* direto são os xingamentos, apelidos ofensivos e ameaças, que marcam o *bullying*

meramente moral²¹, e bater, agredir, dar tapas, empurrões, murros e chutes, expressões do *bullying* físico²².

O desenvolvimento de traumas psicológicos pelos pacientes de *bullying* meramente moral é comum e recorrente, eis que essa modalidade de violência tende a ser praticada por um período prolongado de tempo, já que as agressões não atacam seu corpo, mas sua mente, consumindo sua habilidade de auto-proteção. Justamente porque invadem o psiquismo do ofendido, influenciando sua personalidade e suas relações interpessoais, as seqüelas da violência moral são mais profundas que as físicas. Conforme assente Gabriel Chalita, muitas vezes as vítimas sequer pedem ajuda, pois crêem ser merecedoras dos assaltos contra si infligidos²³.

A segunda forma de perpetração do *bullying* é denominada de *bullying* indireto, em razão dos meios adotados pelos agressores para investir contra a vítima. Essa modalidade de *bullying* é concretizada por via transversa, caracterizando-se, basicamente, por ações que levam a vítima ao isolamento social e atacam sua integridade moral. O agressor busca, de modo dissimulado, desestabilizar a saúde mental da vítima denegrindo sua imagem perante terceiros, que terminam por segregá-la como reação imediata à difamação²⁴. De ordinário, a vítima dessa espécie de *bullying* não chega a ter conhecimento das razões de seu insulamento, o que dificulta sobremaneira a identificação dos responsáveis, e interrupção do abuso, que se protraí no tempo, produzindo sérios traumas psicológicos e físicos no agredido, que podem refletir em seu trabalho, sua vida afetiva e, inclusive, no caso do *bullying* escolar, em seu desenvolvimento cognitivo.

2.2. As Faces do *Bullying* Escolar

Os agentes agressores, ou *bullies*, são fruto do somatório de diversos componentes externos, entre eles a vitimização pretérita, o ambiente familiar desajustado, a falta de vigilância e orientação nas escolas e a valorização do comportamento agressivo pelos amigos e colegas²⁵. De fato, segundo escólio de Cléo Fante, a criança exposta a estímulos agressivos e intimidatórios os incorpora a seu repertório comportamental, comprometendo seu processo de socialização ao irradiar-se como “dinâmica psicossocial doentia repetitiva, numa espécie de ciclo vicioso que denominamos Síndrome de Maus-Tratos Repetitivos (SMAR)”²⁶. Embora normalmente os próprios colegas da vítima assumam o papel de agentes agressores, pode ocorrer de os ataques serem perpetrados por seus professores, pedagogos e demais funcionários da instituição de ensino²⁷.

As vítimas de *bullying*, por sua vez, são pessoas que se encontram em situação de vulnerabilidade em relação a seu agressor e suportam ataques reiteradamente. Não precisam ocupar posição hierárquica inferior, mas apenas possuir qualidades pessoais que dificultem sua capacidade de reação e defesa e as transformem em alvo fácil para os agressores, como a timidez e a ansiedade²⁸.

Bystanders são os espectadores do *bullying*, os alunos e educadores que presenciam as agressões e nada fazem para impedi-las. A título de exemplo, os professores e coordenadores escolares atuam como *bystanders* quando não promovem ações afirmativas de discussão do *bullying*, para sua prevenção, ou não o reprimem quando careadas com suas práticas²⁹. Sua atuação passiva é mola propulsora do *bullying* e deve ser combativa, uma vez que incentiva a perpetração da violência no ambiente escolar pela criação de uma expectativa de impunidade que legitima a atuação dos *bullies*.

3. A Caracterização da Responsabilidade Civil das Escolas

A responsabilidade civil das escolas decorrente do *bullying* é expressão da função social do instituto, que visa reparar os danos suportados pela vítima, restituindo o *status quo ante*, sempre que possível ou, simplesmente, compensá-la pelo prejuízo à sua integridade moral, bem como coibir a reiteração do comportamento danoso, salvaguardando as gerações futuras da dinâmica psicossocial desagregadora engendrada pelo *bullying* escolar.

Para que seja possível a imputação da obrigação de indenizar, faz-se indispensável verificar os elementos constitutivos de seu suporte fático, como a conduta humana, o nexo de causalidade e o dano, em cotejo com as circunstâncias do caso concreto em análise.

Dessa forma, as escolas poderão ser compelidas à obrigação de indenizar pela prática de *bullying* entre seus muros a partir de dois fundamentos diversos: tanto pela conduta comissiva de seus prepostos educadores, quando estes atuarem na condição de agentes agressores (*bullies*), como pela negligência da instituição na coibição da violência.

Na primeira hipótese, a responsabilidade dos educandários será objetiva, enquanto na segunda será subjetiva, pela prática do *bullying* de forma direta, a partir da análise da culpa em sua atuação omissiva perante o imperativo da dignidade da pessoa humana e a necessidade de promoção dos direitos fundamentais.

3.1. A Responsabilidade Subjetiva das Escolas pela Prática de Ato Ilícito por Omissão

Segundo Caio Mário da Silva Pereira, é princípio fundante da responsabilidade civil subjetiva aquele “segundo qual cada um responde pela própria culpa – *unuscuque sua culpa nocet*”³⁰. Sendo assim, inicialmente o instituto da responsabilidade foi estruturado em torno da necessidade de verificação da culpa do agente.

A culpa do agente pode assumir uma das três formas de exteriorização: a negligência, a imprudência e a imperícia. A negligência conforma a falha no dever de cuidado por omissão do agente e, a imprudência, por ação. A imperícia verifica-se na falta de treinamento de um indivíduo para desempenhar a atividade profissional para a qual deveria ter se qualificado³¹.

Os comportamentos omissivos somente motivam a responsabilidade civil nas hipóteses em que há violação a um dever específico de atuação, disposto em lei ou negócio jurídico³². Assim, sempre que o obrigado a atuar se omitir estará verificado o nexo de causalidade, sendo-lhe imputável responsabilidade civil. É o que ocorre quando as instituições de ensino não atuam ativamente na prevenção e, principalmente, na repressão do *bullying*.

Pela sua posição topográfica constitucional, a dignidade da pessoa humana apresenta-se como “núcleo basilar do Estado Democrático de Direito, de tal modo que não haverá Democracia, e tão-pouco Direito, sem sua efetiva concretização em todos os ramos jurídicos da vida social”³³. Disposta como fundamento de todo o sistema jurídico, a dignidade da pessoa humana é atributo humano e valor constitucional supremo de observância obrigatória, consistente em uma cláusula geral de tutela da pessoa, cujo substrato material pode ser desdobrado em direito à igualdade, tutela da integridade psicofísica, direito à liberdade e direito-dever de solidariedade social e familiar³⁴.

O art. 5º, *caput*, da CF/88 consagra a igualdade substancial dos indivíduos e, em seu inciso III da CF/88, determina que “ninguém será submetido à tortura nem a tratamento

desumano ou degradante”, excluindo do mundo jurídico as condutas que conflitem com essa garantia fundamental, tais como o *bullying*.

Qualquer que seja o objeto imediato do *bullying* escolar – atingir a integridade moral ou física da vítima – ele sempre ofende a dignidade da pessoa do paciente, pois importa em diminuição de sua imagem e reputação perante seus pares e si próprio e lesiona outros direitos da personalidade.³⁵

A tentativa de enquadramento do *bullying* escolar como “brincadeira de criança” – percebida entre educadores que se furtam a seu dever de zelar pela saúde física e mental de seus alunos – não pode abalizar a ponderação ou mitigação da dignidade da pessoa humana.

A eficácia horizontal plena dos direitos fundamentais sobre as relações entre particulares³⁶, teoria notoriamente adotada pelo Supremo Tribunal Federal na interpretação constitucional, explicita que os direitos extraídos do valor supremo da dignidade da pessoa humana são direitos subjetivos, que podem ser aplicados diretamente sobre as relações entre particulares, prescindindo de intermediação legislativa, executiva ou judiciária. Conforme elucida Juan María Bilbao Ubillos, “*la teoría de la eficacia inmediata implica que, con normativa legal de desarrollo o sin ella, es la norma constitucional la que se aplica como ‘razón primaria y justificadora’ (no necesariamente La única) de una determinada decisión*”³⁷. É dizer, a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas encontra fundamento direto na Constituição.

Pela doutrina da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, as escolas, ainda que privadas, submetem-se à obrigação de promover a dignidade da pessoa humana e garantir o pleno desenvolvimento da personalidade da criança e do adolescente, assim como o Poder Público, não podendo se omitir diante do tratamento humano ou degradante que lhes esteja sendo conferido, pois ostentam o dever jurídico de intervenção para a prevalência dos direitos fundamentais.

Assim, a omissão das instituições de ensino na prevenção e na repressão do *bullying* praticado entre seus muros conforma ato ilícito, praticado na modalidade negligência, permitindo o acionamento do Poder Judiciário para pleitear indenização pelo descumprimento da obrigação jurídica de promoção da dignidade e dos direitos fundamentais da vítima, ao fundamento de que incidem diretamente sobre as relações jurídicas privadas.

Vale dizer, o dever de agir que consubstancia o ato ilícito por omissão no enfrentamento do *bullying* encontra fundamento na própria Constituição Federal, gerando a obrigação de indenizar pelas instituições de ensino que se omitirem.

3.2. A Responsabilidade Objetiva das Escolas

A responsabilidade civil dos educandários pode ser fundamentada, ainda, com base na responsabilidade civil objetiva, que dispensa o exame da culpa para sua configuração.

A obrigação de indenizar independentemente da culpa pode guardar embasamento na legislação jurídica disposta no Código Civil, sob o instituto da responsabilidade pelo ato de terceiro; no Código de Defesa do Consumidor ou, ainda, no regime jurídico aplicado ao serviço público, conforme será adiante explanado.

No que concerne à multiplicidade de argumentos apresentados para responsabilização objetiva das escolas, cumpre apenas assinalar que não são excludentes uns dos outros, sendo possível sua alegação cumulativa. Optou-se por examiná-los separadamente por questões didáticas.

3.2.1. A Responsabilidade Objetiva pelo Ato de Terceiro

A responsabilidade civil objetiva pelo ato de terceiro, também designada de responsabilidade indireta, verifica-se quando alguém é chamado a responder pelas consequências jurídicas de um ato material de outrem, que haja ocasionado um dano a terceiro, podendo tal obrigação ocorrer em relações contratuais ou extracontratuais³⁸.

Ao consagrar o instituto da responsabilidade indireta, o Código Civil de 1916 o inseriu na esfera da responsabilidade civil subjetiva, demandando o exame da culpa *in eligendo*, *in vigilando*, ou *in custodiendo* do pretendo responsabilizado, para sua caracterização³⁹. Dessa forma, à vítima cabia o ônus de provar a negligência do responsável pelos atos do agente, do qual dificilmente conseguia se desincumbir, restando desamparada judicialmente e irressarcida, na maioria dos casos⁴⁰.

Diante dessa realidade, a jurisprudência, abstraindo o princípio do *unusculque sua culpa nocet*, consagrou a presunção *juris tantum* ou relativa – ilidível por prova contrária – da “culpa de certa pessoa, se outra, que estivesse sob sua guarda ou direção, perpetrasse ato danoso”⁴¹. No caso da responsabilidade pelo ato do empregado, inclusive, o Supremo Tribunal Federal fixou hipótese de presunção absoluta de culpa, a teor da súmula 341⁴².

Evidenciando a tendência que visa assegurar a ressarcibilidade da vítima – e, modernamente, se expressa em teses de vanguarda, como a teoria da responsabilidade pressuposta, de Giselda Hironaka⁴³ –, a ordem jurídica inaugurada com o Código Civil de 2002 passou a prever a responsabilidade objetiva pelo fato de terceiro, com fundamento na teoria do risco, na qual predomina “a relação causal entre o dano sofrido pela vítima e a atividade desenvolvida pelo causador do dano”⁴⁴.

No Brasil, o art. 932, c/c art. 933 do CC, fixa as hipóteses taxativas em que a obrigação de indenizar decorre unicamente da comprovação do nexo de causalidade entre o dano suportado pela vítima e a conduta daquele que merece proteção, guarda ou vigilância, dentre os quais importa o exame da responsabilidade dos estabelecimentos educacionais, positivada em seus incisos III e IV.

3.2.1.1. A Responsabilidade das Escolas pelo *Bullying* Praticado pelos Educandos

As crianças e adolescentes, enquanto pessoas em formação, exigem de seus educadores cuidados e competências especiais. Assim, as escolas deveriam conter, em seu corpo docente, educadores capazes de atender a essa demanda, já que a intervenção de agentes externos ao *bullying* é de suma importância ao efetivo combate do problema que prejudica o pleno desenvolvimento da identidade de milhares de jovens em todo o mundo e no Brasil.

Dessa forma, a atuação dos professores e coordenadores escolares como *bystanders*, espectadores passivos, omitindo-se em reprimir as agressões ou em promover ações afirmativas de discussão do *bullying*, para sua prevenção, implica na responsabilização dos estabelecimentos educacionais, em razão do disposto no art. 932, IV do CC, que prevê hipótese de responsabilidade objetiva.

Nesse ponto, saliente-se que há divergência doutrinária quanto ao fundamento da responsabilidade objetiva das escolas pelos atos de seus educandos. Sérgio Cavalieri Filho e Caio Mário da Silva Pereira entendem que a responsabilidade civil das escolas, quando não baseada no Código de Defesa do Consumidor, encontra fundamento no dever de vigilância

que as instituições de ensino assumem perante seus estudantes, razão pela qual não admitem o manejo de ação regressiva pela instituição para se ressarcir pelos gastos indenizatórios⁴⁵.

Maria Helena Diniz, por sua vez, em posicionamento consonante com a responsabilidade objetiva, propugna decorrer a responsabilidade não de um suposto dever de vigilância do educandário, mas sim por assumirem o risco de sua atividade profissional e por imposição legal do art. 933 do CC, circunstância que, inclusive, possibilita o manejo de ação regressiva em face dos representantes dos alunos⁴⁶. Esta hipótese é afastada por Sérgio Cavalieri Filho, quando afirma não poderem os pais “ser responsabilizados por atos dos filhos menores enquanto se encontram sob a guarda do colégio”⁴⁷.

Ademais, a norma ínsita no art. 932, IV do CC/02 é clara em estabelecer a responsabilidade das escolas pelos atos de seus educandos, sem fixar limitação subjetiva de idade ou de qualquer outra ordem, assim como não o faz em relação aos hóspedes e moradores e hotéis e albergues – tutelados no mesmo dispositivo. Se não há, doutrinária ou jurisprudencialmente, limite de idade dos hóspedes para que o dono do hotel se responsabilize por seus atos, porque tal obrigação de indenizar pauta-se no risco inerente à própria atividade profissional, nada justifica que seja fixado o limite da maioridade para a responsabilização dos donos de educandários pelos atos de seus alunos.

Defende-se, portanto, a responsabilidade civil das escolas e demais instituições de ensino – tais como Universidades – pela violência perpetrada por seus alunos, independentemente de sua idade ou nível de desenvolvimento mental, com fulcro no risco assumido pela prestação da atividade educacional. Ressalta-se, todavia, que o objeto do presente trabalho se restringe ao *bullying* escolar praticado durante a infância e adolescência, considerando que, na fase adulta, as implicações dessa modalidade de violência sobre a vida e personalidade da vítima são mais brandas, uma vez que ela se encontra em estágio superior de desenvolvimento cognitivo, que lhe possibilita assumir posição defensiva.

3.2.1.2. A Responsabilidade das Escolas pelo *Bullying* Praticado pelos Educadores

O *bullying* é uma prática disseminada no ambiente escolar sob diversas formas. Embora seja comumente atribuído às relações travadas entre alunos, também é verificado na relação estudante-professor. Nessa situação, suas conseqüências são agravadas em razão das circunstâncias do caso, que confronta pessoas em níveis intelectivos diferentes⁴⁸. Ademais, sua vítima costuma ser mais vulnerável e indefesa que no caso do *bullying* praticado entre colegas, em razão do temor reverencial e confiança que costuma depositar em seus educadores, submetendo-se a esse tipo de agressão por mais tempo.

Nessa hipótese, o estabelecimento de ensino poderá ser chamado a responder pelas agressões praticadas contra os alunos por seus funcionários, educadores em sentido amplo – abrangendo professores, psicólogos, pedagogos etc. –, por força do inciso III do art. 932 do CC.

Rui Stoco recorda que, para efeito de responsabilização por ato de terceiro, deve-se apreender os conceitos de empregador e empregado em sentido amplo, prescindindo de vínculo formal que una as duas figuras. Será suficiente que haja subordinação jurídica entre as partes e que o ato ilícito tenha sido praticado durante a jornada de trabalho para que a escola seja diretamente implicada⁴⁹.

Conforme já pontuado, não será necessário que a instituição de ensino tenha atuado com culpa *in vigilando* ou *in eligendo* para que seja verificada sua responsabilidade, eis que o

Código Civil de 2002 consagrou hipótese de responsabilidade objetiva. Nada obstante, a responsabilidade objetiva da escola não implica em sua imediata condenação. O estabelecimento educacional poderá alegar, em sua defesa, a inocorrência dos atos agressivos declarados pela suposta vítima de *bullying*. Assim, se provar que o autor da ação de indenização não sofreu os ataques alegados, a escola poderá se isentar de qualquer responsabilidade, por falta de seus pressupostos.

3.2.2. A Responsabilidade Objetiva com Base no Código de Defesa do Consumidor

O Código Civil de 2002 é um diploma legal subsidiário em relação às leis trabalhistas e especiais, no que concerne à prestação de serviço, a teor da norma disposta em seu art. 593. Sendo assim, o Código de Defesa do Consumidor assume posição prioritária na tutela do serviço educacional prestado pelas escolas e demais instituições de ensino. Nesse sentido, Carlos Roberto Gonçalves afirma que não há incompatibilidade entre o Código Civil e o CDC, “pois ambos acolheram a responsabilidade objetiva, independentemente da culpa”⁵⁰.

Os estudantes e seus pais são consumidores do serviço educacional prestado pelas instituições de ensino, sejam elas de natureza privada ou pública, merecendo a tutela do sistema jurídico de proteção do consumidor.

Antes mesmo que o Código Civil ultrapassasse a cultura da responsabilidade baseada em culpa, o Código de Defesa do Consumidor já havia consagrado a responsabilidade objetiva em relação aos prestadores de serviços em geral⁵¹. Dessa forma, a prática do *bullying* pode fundamentar a responsabilidade civil do fornecedor do serviço educacional pelo vício do serviço, prescindindo, para sua configuração, da verificação da culpa.

Funda-se a teoria da responsabilidade do fornecedor pelos danos cometidos na prestação do serviço na exigência da preservação da dignidade da pessoa humana, que se expressa no princípio da proteção integral do consumidor e em seu direito à vida, saúde e segurança (*the right to safety*), positivado no art. 6º, I do CDC que, ao ser violado, enseja a responsabilidade civil objetiva por defeito do serviço⁵².

A responsabilidade civil objetiva dos prestadores de serviços de consumo está prevista no art. 14 do Código de Defesa do Consumidor, que estabelece que “o fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços”, ou seja, pelos desvios ao padrão de qualidade fixado anteriormente⁵³.

No caso da prestação de serviços educacionais, a instituição de ensino se compromete, no momento da matrícula escolar, a auxiliar no desenvolvimento das competências psicomotoras e sociais do estudante. Assim, a submissão do estudante a agressões reiteradas contra sua moral no âmbito escolar representa grave defeito da prestação do serviço ao qual se obrigou a escola, ferindo a expectativa do consumidor, assegurada no art. 20, §2º do CDC, que qualifica como “impróprios os serviços que se mostrem inadequados para os fins que razoavelmente deles se esperam, bem como aqueles que não atendam às normas regulamentares da prestabilidade”.

Quando confrontado diante da prestação inadequada ou imprópria do serviço, o fornecedor deve oportunizar ao consumidor escolher entre as opções previstas nos incisos do art. 20 do CDC: “a reexecução dos serviços, sem custo adicional e quando cabível; a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e

danos; ou o abatimento proporcional do preço”. Como o auxílio no desenvolvimento cognitivo do aluno e garantia de sua saúde e segurança, serviços cuja execução espera-se de escolas, não admitem reexecução, a vítima poderá ser indenizada tanto pelas quantias pagas em mensalidades à escola, como pelos demais danos materiais – consultas com psicólogos, v.g. – e morais sofridos. É o quanto afirmado por Rizzatto Nunes, que empossa entendimento segundo o qual “o consumidor poderá exigir, logicamente, não só a indenização pelas perdas e danos, mas também, simultaneamente, a restituição parcial ou total da quantia paga”⁵⁴.

Observa-se que, se considerada a responsabilidade indireta das escolas pela prática de *bullying* por seus funcionários ou demais alunos, prevista no Código Civil, o educandário deveria arcar apenas com as perdas e danos ocasionados pela violência, não sendo obrigada a restituir a quantia paga em mensalidades pelos alunos vitimizados, já que não estaria em análise a prestação de consumo, mas apenas o dano civil.

Cumpra apontar, ainda, que são considerados fornecedores todos que desenvolverem a atividade do mercado de consumo, em qualquer de suas fases. Conforme constata Sérgio Cavalieri Filho, sempre que o CDC refere-se ao fornecedor “está envolvendo todos aqueles que participaram da prestação do serviço, pelo que poderá o consumidor escolher e acionar diretamente qualquer dos envolvidos”⁵⁵. Dessa forma, poderá a vítima de *bullying* acionar sua escola, ou ainda, seus professores e educadores diretamente, em função da solidariedade existente entre eles, restando à instituição de ensino que arcar com o ônus indenizatório o direito de regresso em face do verdadeiro agressor.

Por fim, impende ressaltar, mais uma vez, que a responsabilidade objetiva da escola não implica em sua imediata condenação pelo *bullying* praticado entre seus muros. Consoante norma positivada no art. 14, §3º do CDC, o estabelecimento educacional poderá alegar, em sua defesa, a inocorrência dos atos agressivos declarados pela suposta vítima de *bullying* (inciso I) ou a culpa exclusiva da vítima ou de terceiro (inciso II). Embora de difícil comprovação, essas circunstâncias podem servir para isentar a escola da obrigação de indenizar.

3.2.3. A responsabilidade do Estado Prestador do Serviço Educacional

A educação, por conformar necessidade de interesse geral, pode ser prestada pelo Estado, na forma do ensino público. A responsabilidade civil pelos danos suportados por menor vítima de *bullying* em estabelecimento público de ensino deverá, nessa hipótese, ser assumida pelo Estado⁵⁶.

Pela conceituação de José dos Santos Carvalho Filho, serviço público é “toda atividade prestada pelo Estado ou por seus delegados, basicamente sob regime de direito público, com vistas à satisfação de necessidades especiais e secundárias da coletividade”⁵⁷.

A educação conforma uma espécie de serviço público sobre o qual o Estado não detém titularidade exclusiva. Vale dizer, o Poder Público “tem a obrigação de prestar, mas sem exclusividade”⁵⁸. Assim, quando a educação for prestada por particulares, o Estado não deverá suportar a obrigação de indenizar pelo *bullying* praticado em seus muros. Por outro lado, quando o serviço educacional for oferecido pela Administração Pública Direta ou Indireta, o Estado deverá responder pelos atos de seus órgãos públicos.

Os órgãos públicos são o meio de exteriorização e manifestação da vontade das pessoas jurídicas às quais estão vinculados, de modo que seus atos são considerados como praticados

pela própria pessoa jurídica⁵⁹. A teoria do órgão descrita tem como principal característica o denominado princípio da imputação volitiva, responsável, justamente, por imputar a vontade do órgão público à pessoa jurídica a cuja estrutura pertence⁶⁰, conformando o fundamento da responsabilidade do Poder Público pelos atos praticados por seus agentes.

De acordo com a conduta humana ensejadora da responsabilidade civil estatal, a obrigação de indenizar poderá ser imposta subjetiva ou objetivamente.

3.2.3.1. A Responsabilidade Subjetiva do Estado por Ato Omissivo

A responsabilidade civil do Estado decorrente do *bullying* será subjetiva, pressupondo a verificação de culpa na atuação do órgão público, quando a conduta humana conformar ato próprio omissivo na prevenção e repressão do *bullying* no ambiente escolar.

Lúcia Valle Figueiredo, citando posicionamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello e Oswaldo Aranha, afirma que a responsabilidade estatal por omissão na prestação de serviço público conforma hipótese de responsabilidade subjetiva, pois somente assim será possível verificar a existência do dever de agir que acompanha toda responsabilidade por ato omissivo, já que, “ainda que consagre o texto constitucional a responsabilidade objetiva, não há como se verificar a adequabilidade da imputação do Estado na hipótese de omissão, a não ser pela teoria subjetiva”⁶¹.

Nesse caso, a responsabilidade do Estado repontará apenas “se o Estado não agiu para impedir o dano, embora juridicamente obrigado a obstá-lo, ou se, tendo agido, atuou insuficientemente, portanto, abaixo dos padrões a que estava, de direito, compelido”⁶².

Não é o outro o entendimento dos Tribunais Superiores, consoante demonstra a ementa do julgado do Supremo Tribunal Federal abaixo transcrita:

Tratando-se de ato omissivo do poder público, a responsabilidade civil por tal ato é subjetiva, pelo que exige dolo ou culpa, numa de suas três vertentes, a negligência, a imperícia ou a imprudência, não sendo, entretanto, necessário individualizá-la, dado que pode ser atribuída ao serviço público de forma genérica, a falta do serviço⁶³.

Apontar-se que a teoria da culpa anônima ou da falta do serviço, acima ilustrada, é questionada por Flávio Tartuce, que sustenta a revisão da responsabilidade subjetiva do Estado por omissão em casos mais extremos, que envolvam a falta de segurança, com fundamento na doutrina da responsabilidade pressuposta, de Giselda Hironaka. O referido autor sustenta que, nessas situações mais gravosas, a responsabilidade do Estado está pressuposta no sistema, devendo as vítimas ser primeiramente reparadas, para somente depois se investigar o culpado⁶⁴.

No caso do *bullying*, considera-se estar o Estado obrigado a impedir as agressões entre os estudantes – promovendo a conscientização do meio escolar acerca do problema e, principalmente, a sua coibição – em razão do princípio da legalidade que impõe ao Poder Público cumprir a Constituição de forma eficiente para garantia da dignidade e do desenvolvimento psíquico e educacional das crianças e adolescentes em idade escolar. Assim, a sua omissão seria idônea a provocar a obrigação de indenizar pelos danos materiais morais suportados pelas vítimas de *bullying* na escola pública.

3.2.3.2. A Responsabilidade Objetiva do Estado por Ato Comissivo

A responsabilidade civil do Estado pode decorrer, ainda, da atuação comissiva do preposto estatal como agente agressor do *bullying*, a exemplo da situação em que os ataques são perpetrados por professores no exercício da atividade pública de ensino. Nesse caso, a responsabilidade do Poder Público será objetiva, com esboço no art. 43 do CC e no art. 37, §6º da CF⁶⁵.

Art. 43 do CC. As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo.

Art. 37, § 6º da CF - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Vale observar que, embora o art. 43 do CC somente se refira à responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas de direito público, o dispositivo constitucional em epígrafe ocupa-se em abranger na obrigação de indenizar as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público.

Ao sustentarem a adoção da responsabilidade objetiva do Estado pelo sistema jurídico brasileiro, Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona ressaltam que “não implica dizer que o nosso sistema tenha adotado as teorias do risco integral ou risco social, mas sim do risco administrativo, que admite, portando, a quebra do nexo causal”, como argumento para a exclusão da obrigação de indenizar⁶⁶. Nesse posicionamento, são acompanhados por Flávio Tartuce⁶⁷.

Como se pode inferir da análise do §6º do art. 37 supracitado, na responsabilidade objetiva do Estado, o exame da culpa somente serve à verificação do direito de regresso do Poder Público em face do agente público, responsável direto pelo *bullying*. Ou seja, se o agente não houver atuado com dolo ou culpa, não surgirá a pretensão regressiva para o Estado. Considerando, todavia, que o *bullying* somente admite a modalidade dolosa, o Poder Público sempre poderá manejar ação de regresso contra o agente agressor.

3.3. Alegações de Defesa Contra a Responsabilidade Civil pela Prática de *Bullying*

O universo de argumentos a serem suscitados pelos estabelecimentos de ensino diante da suposta prática de *bullying* no ambiente escolar não é amplo, pois confronta com direitos fundamentais e com a promoção da dignidade da pessoa humana, que exigem destaque no sistema jurídico do neoconstitucionalismo.

Também a negação do fato constitutivo do autor pende insubsistente e de difícil comprovação, uma vez que as pesquisas referentes à disseminação do *bullying* apontam para dados alarmantes, que prevêem a submissão de 100% das escolas brasileiras a essa modalidade de violência⁶⁸.

Por fim, a inocorrência do dano à integridade moral da vítima de *bullying* não serve à

isenção da responsabilidade civil das escolas, pois, conformando hipótese de dano *in re ipsa* – que dispensa prova quando apresentado em juízo como fundamento para a responsabilidade civil – ele se presume a partir da violação a direitos da personalidade, prescindindo da demonstração de danos psicológicos ou físicos por parte do paciente.

Revela-se como melhor tese defensiva a quebra do nexo de causalidade entre o dano e a conduta agressiva. Assim, em sua defesa, as instituições de ensino poderão alegar a ocorrência de qualquer das excludentes de causalidade – caso fortuito e a força maior, o fato de terceiro, a culpa exclusiva da vítima, o estado de necessidade, a legítima defesa, o exercício regular de direito e estrito cumprimento do dever legal⁶⁹ – malgrado considere-se de difícil comprovação a ocorrência de qualquer uma delas em razão da natureza reiterativa das agressões que conformam o *bullying*.

As excludentes de causalidade deverão ser analisadas na responsabilização dos educandários pela omissão perante o *bullying*, seja na hipótese de responsabilidade subjetiva, seja na objetiva, pois atacam o nexo de causalidade da obrigação de indenizar, e não o elemento incidental culpa.

No que tange à quebra do nexo causal, os agentes agressores somente não poderão alegar a existência de cláusula de não indenizar, ainda que ela esteja positivada no contrato de educação firmado entre a escola e os pais ou demais responsáveis pela vítima, pois conforme comenta Judith Martins-Costa, tal dispositivo será considerado inválido, por abusivo, quando pactuado contra consumidor, empregado, ou usuário de serviços públicos⁷⁰.

3.4. A Fixação do *Quantum* Indenizatório

A responsabilidade civil das instituições de ensino, públicas ou particulares, expressa-se pela obrigação de indenizar pelos danos materiais e, especialmente, morais suportados pelas vítimas de *bullying* escolar.

Como o sistema constitucional de proteção integral da pessoa humana, inaugurado pela Constituição Federal de 1988, impede a adoção do sistema tarifário da quantificação da indenização por danos morais, deixando-a ao arbítrio dos órgãos jurisdicionais, o cuidado em não exceder as funções da indenização deve ser redobrado, de modo a impedir o enriquecimento sem causa e, ao mesmo tempo, coibir a perpetuação da conduta omissiva assumida pela maioria das escolas.

A quantificação do dano moral deve seguir os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, de maneira a atender às funções compensatória, pedagógica e punitiva da condenação⁷¹, pois a fixação de quantia irrisória não surte o efeito de alteração do comportamento omissivo das instituições de ensino.

Os adeptos da teoria do caráter misto da indenização, conforme pontua Salomão Resedá, compreendem o dano moral sob dois prismas, abandonando a abordagem unidirecional das teorias exclusivamente satisfatórias ou compensatórias. Dessa forma, “pelos olhos da vítima, a agressão deve figurar-se como satisfatória, enquanto para o ofensor deve ser apresentado o seu aspecto sancionatório”⁷².

Assim, a teoria do desestímulo ou punitiva relativiza a natureza jurídica da reparação do dano moral, para incluir, ao lado da verba compensatória, uma verba pedagógica, de modo a estimular o agressor a alterar seu comportamento danoso. Trata-se, portanto, de expressão da função social da responsabilidade civil.

Por outro lado, propõe-se, para impedir que a fixação de uma indenização com base no *punitive damage* gere o enriquecimento sem causa do demandante, que a parte excedente à efetiva reparação do dano individualmente suportado pelo lesado seja destinada a um fundo de assistência social, designado pelo juízo, ou a instituições que visam a promoção da dignidade das crianças e jovens

A fixação do *quantum* indenizatório deve levar em consideração, ainda, os diversos fatores e agentes que, no caso concreto, atuam para a ocorrência do evento danoso. Assim, quando houver incidência de causas concorrentes, na situação em que a atuação da vítima favorece a ocorrência do dano, somando-se ao comportamento do *bully* – como no caso da vítima provocativa – o valor da reparação arbitrada pelo magistrado deve ser reduzida proporcionalmente à influência da vítima na cadeia causal que gerou o dano indenizável, em confronto com a culpa *lato sensu* do autor do *bullying*, conforme previsto no art. 945 do CC/2002.

As excludentes de causalidade – caso fortuito e a força maior, o fato de terceiro, a culpa exclusiva da vítima, o estado de necessidade, a legítima defesa, o exercício regular de direito e estrito cumprimento do dever legal⁷³ – também poderão ser alegadas pelo agente agressor para reduzir o valor fixado a título de indenização, ou, inclusive, para se isentar da obrigação de indenizar. Contudo, como o *bullying* se caracteriza pela reiteração dos comportamentos violentos, considera-se de difícil comprovação a ocorrência de qualquer uma das cláusulas excludentes de responsabilidade.

Nesse ponto, vale transcrever a emenda da recente decisão da 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, de relatoria do Desembargador Waldir Leôncio Júnior, pioneira no reconhecimento da lesividade do *bullying* perpetrado no ambiente escolar para o livre desenvolvimento da criança e do adolescente, cuja *ratio decidendi* remonta a necessidade de promoção da dignidade da pessoa humana no ambiente escolar:

DIREITO CIVIL. INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS. ABALOS PSICOLÓGICOS DECORRENTES DE VIOLÊNCIA ESCOLAR. BULLYING. OFENSA AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA. SENTENÇA REFORMADA. CONDENAÇÃO DO COLÉGIO. VALOR MÓDICO ATENDENDO-SE ÀS PECULIARIDADES DO CASO.

1. Cuida-se de recurso de apelação interposto de sentença que julgou improcedente pedido de indenização por danos morais por entender que não restou configurado o nexo causal entre a conduta do colégio e eventual dano moral alegado pelo autor. Este pretende receber indenização sob o argumento de haver estudado no estabelecimento de ensino em 2005 e ali teria sido alvo de várias agressões físicas que o deixaram com traumas que refletem em sua conduta e na dificuldade de aprendizado.

2. Na espécie, restou demonstrado nos autos que o recorrente sofreu agressões físicas e verbais de alguns colegas de turma que iam muito além de pequenos atritos entre crianças daquela idade, no interior do estabelecimento réu, durante todo o ano letivo de 2005. **É certo que tais agressões, por si só, configuram dano moral cuja responsabilidade de indenização seria do Colégio em razão de sua responsabilidade objetiva.** Com efeito, o Colégio réu tomou algumas medidas na tentativa de contornar a situação, contudo, tais providências foram inócuas para solucionar o problema, tendo em vista que as agressões se perpetuaram pelo ano letivo.

Talvez porque o estabelecimento de ensino apelado não atentou para o papel da escola como instrumento de inclusão social, sobretudo no caso de crianças tidas como “diferentes”. Nesse ponto, vale registrar que o ingresso no mundo adulto requer a apropriação de conhecimentos socialmente produzidos. A interiorização de tais conhecimentos e experiências vividas se processa, primeiro, no interior da família e do grupo em que este indivíduo se insere, e, depois, em instituições como a escola. No dizer de Helder Baruffi, “Neste processo de socialização ou de inserção do indivíduo na sociedade, a educação tem papel estratégico, principalmente na construção da cidadania.” [grifo nosso]⁷⁴

Nesse julgado, pautado no Código de Defesa do Consumidor para fundamentar a responsabilidade objetiva do estabelecimento educacional, fora fixado o *quantum debeatur* em R\$3.000,00 (três mil reais). O magistrado considerou que este valor seria, de acordo com as circunstâncias específicas do evento danoso, adequado à condição econômico-financeira das partes. No particular, além de observada a gravidade da ofensa, o julgador verificou que o Colégio era de pequeno porte e localizado na periferia.

3.5. Ação Regressiva da Escola em Relação ao *Bully*

Inicialmente, cumpre apontar que a ação regressiva em face do agressor, *a priori*, somente se justifica no caso em que a instituição de ensino responde pela obrigação de indenizar indiretamente, ou seja, com fundamento no fato de outrem.

Contudo, ainda que aceita a tese de que as escolas respondem diretamente pela prática do *bullying*, em função da prática de ato ilícito por omissão na tutela da dignidade da pessoa humana e na promoção de seus direitos fundamentais, elas poderão assumir a pretensão regressiva em face dos professores e alunos que houverem sido co-autores do *bullying*, de modo que cada ofensor assuma responsabilidade por sua quota real na participação do *bullying*.

No que concerne à responsabilidade civil objetiva pelo fato de outrem, embora o texto da norma contida no art. 932 do CC não seja claro, Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona consideram haver o Código estabelecido uma forma de solidariedade passiva entre o agente e seu responsável legal⁷⁵.

O parágrafo único do art. 942 do Código Civil de 2002 confirma tal entendimento ao estabelecer, tratando da responsabilidade civil objetiva pelo fato de outrem, uma relação de solidariedade entre os responsáveis indiretos e os autores e co-autores do ato, como uma espécie de nexo causal plúrimo, de modo a possibilitar à vítima acionar qualquer um deles para suportar o encargo ressarcitório⁷⁶.

Também o Código de Defesa do Consumidor ostenta essa possibilidade, no caso do *bullying* praticado por professores empregados da instituição de ensino, ao prever a solidariedade entre todos os fornecedores do serviço educacional, e o direito de regresso entre eles, em seu art. 13.

Disso decorre que a vítima de *bullying* poderá exigir a reparação civil diretamente da escola – responsável indireto –, inclusive dispensando a fixação de litisconsórcio passivo entre o agressor e a instituição de ensino.

Ademais, conforme insinuado anteriormente, uma vez que haja assumido a responsabilidade pelos danos causados por terceiros, para o estabelecimento de ensino surgirá

a pretensão regressiva em face do efetivo agressor, o aluno ou professor que houver praticado os atos abusivos caracterizadores do *bullying*⁷⁷.

Existe divergência doutrinária no que concerne à possibilidade de manejo de ação regressiva pela escola em face dos responsáveis pelos menores infratores. Carlos Roberto Gonçalves, por exemplo, sustenta que os pais não assumem a obrigação de responder pelos atos dos filhos na escola porque durante o horário escolar há transferência de guarda e do dever de vigilância para a própria escola⁷⁸. Nesse sentido também lecionam Encarna Roca⁷⁹ e Sérgio Cavalieri Filho⁸⁰.

Contudo, como pontuado anteriormente, não se sustenta tal entendimento, por não se relacionar a responsabilidade objetiva das escolas a um dever de vigilância, mas ao risco assumido na prestação da atividade profissional, tese mais afeita à doutrina da responsabilidade civil positivada tanto no Código Civil quanto no Código de Defesa do Consumidor. Assim, a ação regressiva da escola em face dos estudantes agressores ou de seus responsáveis, quando menores de idade, é sempre possível.

De fato, a ação regressiva está prevista no art. 934 do CC, que define ser possível a recuperação do que se pagou pelo dano causado por outrem “salvo se o causador do dano for descendente seu, absoluta ou relativamente incapaz”. Assim, não restam dúvidas de que a instituição de ensino, que não possui qualquer relação de parentesco com o *bully*, pode acioná-lo perante a Justiça para reaver o que houver despendido em indenização à vítima do *bullying*.

Sendo o agressor funcionário do estabelecimento de ensino, cumpre consignar que somente é admitida a ação regressiva quando o empregado age com dolo ou culpa⁸¹. Sucede que o *bullying* pressupõe a intencionalidade do ataque, ainda que sob a forma de dolo eventual, de modo que sempre será possível ao empregador acionar o professor ou educador *bully* para reaver o quanto despendido em indenização pecuniária.

Aplica-se, ao caso, a norma ínsita no art. 934 da Consolidação das Leis do Trabalho, que oportuniza ao empregador descontar do salário do funcionário pelos danos causados dolosamente, eis que o *bullying* é modalidade de violência que se caracteriza pela repetição de ataques à integridade moral e/ou física da vítima, somente possível, portanto, na modalidade dolosa⁸².

Consigna-se, ainda, quanto à ação regressiva da instituição de ensino responsabilizada pelo ato de terceiro que, sendo o agressor menor de idade, a responsabilidade pelo ressarcimento regressivo caberá a seus pais, podendo, todavia, recair sobre a criança ou o adolescente subsidiariamente, a teor do disposto no art. 928 do CC/2002, que alterou o sistema jurídico anterior:

Art. 928. O incapaz responde pelos prejuízos que causar, se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes.

Parágrafo único. A indenização prevista neste artigo, que deverá ser equitativa, não terá lugar se privar do necessário o incapaz ou as pessoas que dele dependem.

A mera interpretação literal do dispositivo possibilita constatar que o ordenamento não distingue, nesse ponto, entre os menores absoluta e relativamente incapazes, devendo ambos ser chamados a responder pelos prejuízos causados, se seus representantes não puderem arcar com a indenização ou não tiverem a obrigação de fazê-lo⁸³.

Por fim, vale lembrar que existem casos em que a responsabilidade do menor na ação regressiva da instituição de ensino não será subsidiária, mas direta, consoante estabelecido

pelo art. 112, II do Estatuto da Criança e do Adolescente, na forma de medida sócio-educativa de reparação civil do dano.

Art. 112. Verificada a prática de ato infracional, a autoridade competente poderá aplicar ao adolescente as seguintes medidas:

II – Obrigação de reparar o dano.

§1º A medida aplicada ao adolescente levará em conta a sua capacidade de cumpri-la, as circunstâncias e a gravidade da infração.

A medida sócio-educativa, que não possui escopo punitivo, propugna o princípio da proteção integral da criança e do adolescente, “tendentes a interferir no seu processo de desenvolvimento objetivando melhor compreensão da realidade e efetiva integração social”⁸⁴. Sendo assim, recomenda-se a imputação da medida, sempre que as circunstâncias fáticas permitirem, por conformar um instrumento socializante e disciplinador, coibindo a perpetuação dessa forma de violência pelas mãos do agressor punido.

4. Conclusões

O *bullying* é um fenômeno ao mesmo tempo recente e antigo. É recente, porque somente nas últimas décadas passou a ser tema de interessantes debates entre educadores de todo o mundo, face à sua disseminação. É antigo porque traduz um meio de propagação de violência que sempre existiu em ambientes sociais variados, como nas relações entre familiares, laborais, de vizinhança e, em especial, nas escolas⁸⁵. Seu estudo e compreensão conformam o primeiro passo para resolução do problema da violência estrutural.

O *bullying* gera a perpetuação da violência em diversos ambientes das relações humanas interpessoais, deixando de ser uma questão pontual, adstrita às escolas, para assumir a posição de problema de saúde pública que, como tal, deve sofrer intervenção estatal, razão pela qual se propõe a atuação ativa do Poder Judiciário no enfrentamento do fenômeno. Uma vez que ostentam o papel de palco de relacionamentos que auxiliam e determinam a formação da personalidade da criança e do adolescente, as escolas não podem se furtar de assumir uma postura enérgica na prevenção e repressão do *bullying*.

As agressões que caracterizam o *bullying* escolar merecem coibição jurídica e estatal, já que a dignidade da pessoa humana é plenamente ofendida quando crianças e adolescentes sofrem humilhações ou outros tipos de danos à sua moral ou, inclusive, quando não são promovidas políticas afirmativas para a garantia de seu pleno desenvolvimento, livre e em condições de igualdade com as demais pessoas, principalmente levando em consideração as circunstâncias especiais em que se encontram as vítimas do *bullying* escolar durante o processo de formação de sua personalidade.

A responsabilização civil das instituições de ensino que se omitirem no enfrentamento do *bullying*, com a conseqüente imputação de obrigação de indenizar com caráter compensatório e punitivo, surge, assim, como o meio mais eficiente à disponibilidade do Poder Judiciário para, atendendo ao imperativo da dignidade da pessoa humana, interferir nesse ciclo vicioso de violência e alterar a história de milhares de jovens que diariamente são expostos a ataques e agressões à sua integridade física e moral diante da convivência daqueles que deveriam, *a priori*, zelar por seu livre desenvolvimento, seus educadores.

- ¹ NETO, Machado. Sociologia Jurídica. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 166.
- ² ARENDT, Hannah. Sobre a violência. Trad. André Duarte. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2009. p. 23.
- ³ PEREIRA, Sônia Maria de Souza. Bullying e suas implicações no ambiente escolar. São Paulo: Paulus, 2009. p.9.
- ⁴ BAHIA, Ministério Público. Bullying: fenômeno gera violência e deve ser combatido. Disponível em: <<http://www.mp.ba.gov.br/visualizar.asp?cont=1515>>, acessado em 30 de outubro de 2009.
- ⁵ PEREIRA, Sônia Maria de Souza. Bullying e suas implicações no ambiente escolar. São Paulo: Paulus, 2009. p.9.
- ⁶ KLOSINSKI, Günther. Adolescência Hoje. Trad.: Carlos Almeida Pereira. Petrópolis: Vozes, 2006. p. 24.
- ⁷ FANTE, Cléo. Fenômeno Bullying: Como prevenir a violências nas escolas e educar para a paz. 2 ed. Campinas: Verus, 2005. p. 62.
- ⁸ Ibid., p. 81.
- ⁹ Ibid., p. 94.
- ¹⁰ PERNAMBUCO, Assembléia Legislativa do Estado. Projeto de lei nº 1288/2009. Dispõe sobre a inclusão de medidas de conscientização, prevenção, diagnose e combate ao bullying escolar no projeto pedagógico elaborado pelas escolas públicas e privadas de educação básica do Estado de Pernambuco, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.alepe.pe.gov.br/paginas/?id=3598&grupo=6&paginapai=3599/3596&dep=2984&numero=1288/2009&docid=661339>>, acessado em 11 de novembro de 2009.
- ¹¹ HOUAISS, Antônio. Dicionário Inglês-Português. 9 ed. Rio de Janeiro: Record, 1997.p. 94.
- ¹² CROWTHER, Jonathan. Oxford Advanced Learner's Dictionary of Current English. 5 ed. Oxford: Oxford University, 1995. p. 147. Em tradução livre: “pessoa que usa sua força ou poder para amedrontar ou maltratar pessoas mais fracas”.
- ¹³ MICHAELIS. Dicionário Prático Inglês. São Paulo: Melhoramentos, 2001. p.41.
- ¹⁴ FANTE, Cléo. PEDRA, José Augusto. Bullying Escolar: perguntas e respostas. Porto Alegre: Artmed, 2008. p. 32.
- ¹⁵ FANTE, Cléo. PEDRA, José Augusto. Bullying Escolar: perguntas e respostas. Porto Alegre: Artmed, 2008. p. 63.
- ¹⁶ PERREIRA, Ana. Assédio Moral – Um manual de sobrevivência. Campinas: Russel, 2007. p. 17.
- ¹⁷ ARENDT, Hannah. Sobre a violência. Trad. André Duarte. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2009. p. 86.
- ¹⁸ PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Noções Conceituais sobre Assédio Moral na Relação de Emprego. Disponível em: http://www.faculdadebaianadedireito.com.br/arquivos/downloads/pdfs/nocoas_conceituais.pdf, acessado em 11 de novembro de 2009.
- ¹⁹ EXTERNATO de Penafirme. Bullying: Violência entre pares. Disponível em <http://www.externato-penafirme.edu.pt/Bol-Bullying.pdf>, acessado em 27 de outubro de 2009.
- ²⁰ CHALITA, Gabriel. Pedagogia da Amizade – Bullying: o sofrimento das vítimas e agressores. São Paulo: Gente, 2008, p. 82.
- ²¹ MALDONADO, Maria Tereza. A Face Oculta: Uma história de bullying e cyberbullying. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 25-26.
- ²² MIDDELTON-MOZ, Jane. ZAWADSKI, Mary Lee. Bullying: Estratégias de sobrevivência para crianças e adultos. Trad: Roberto Cataldo Costa. Porto Alegre: Artmed, 2007. p. 21.
- ²³ CHALITA, Gabriel. Pedagogia da Amizade – Bullying: o sofrimento das vítimas e agressores. São Paulo: Gente, 2008, p. 87.
- ²⁴ CHALITA, Gabriel. Pedagogia da Amizade – Bullying: o sofrimento das vítimas e agressores. São Paulo: Gente, 2008, p. 83.
- ²⁵ CHALITA, Gabriel. Pedagogia da Amizade – Bullying: o sofrimento das vítimas e agressores. São Paulo: Gente, 2008, p. 84.
- ²⁶ FANTE, Cléo. Fenômeno Bullying: Como prevenir a violências nas escolas e educar para a paz. 2 ed. Campinas: Verus, 2005. p. 62.
- ²⁷ Ibid., p. 68.

- ²⁸ Ibid., p. 194-195.
- ²⁹ Ibid., p. 69.
- ³⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Responsabilidade Civil. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 86.
- ³¹ TARTUCE, Flávio. Direito Civil. v.2. 3 ed. São Paulo: Método, 2008. p. 356.
- ³² CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 24-25.
- ³³ COCUTTO, Ailton. Os princípios da Dignidade da Pessoa Humana e da Inclusão Social. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 47.
- ³⁴ MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos à Pessoa Humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 85
- ³⁵
- ³⁶ MOREIRA, Eduardo Ribeiro. Obtenção dos Direitos Fundamentais nas relações entre particulares. Rio de Janeiro: LumenJuris, 2007. p. 40.
- ³⁷ UBILLOS, Juan María Bilbao. ¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 316-317.
- ³⁸ LIMA, Alvino. A Responsabilidade Civil pelo Fato de Outrem. Rio de Janeiro: Forense. 1973. p. 27-29.
- ³⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Responsabilidade Civil. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 86.
- ⁴⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro. v. 4. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 97.
- ⁴¹ DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. 7 v. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 509.
- ⁴² GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil. v III. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 148.
- ⁴³ HIRONAKA, Giselda Maria F. Novaes. Responsabilidade Pressuposta. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 353.
- ⁴⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Responsabilidade Civil. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 287.
- ⁴⁵ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 199.
- ⁴⁶ DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. 7 v. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 523.
- ⁴⁷ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 199.
- ⁴⁸ FANTE, Cléo. Fenômeno Bullying: Como prevenir a violência nas escolas e educar para a paz. 2 ed. Campinas: Verus, 2005. p. 68.
- ⁴⁹ STOCO, Rui. Tratado de Responsabilidade Civil. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 960.
- ⁵⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro. v. 4. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 118.
- ⁵¹ Ibid., p. 98.
- ⁵² MELLO, Sônia Maria Vieira. O Direito do Consumidor na Era da Globalização: a Descoberta da Cidadania. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 47.
- ⁵³ BENJAMIN, Antônio Herman V. MARQUES, Claudia Lima. BESSA, Leonardo Roscoe. Manual de Direito do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 136.
- ⁵⁴ NUNES, Rizzatto. Curso de Direito do Consumidor. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 260.
- ⁵⁵ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Direito do Consumidor. São Paulo: Atlas, 2008. p. 271-272.
- ⁵⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil. v III. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 164.
- ⁵⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 22 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 309.
- ⁵⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 17. ed. Malheiros, 2004. p. 637.
- ⁵⁹ LIMA, Alvino. A Responsabilidade Civil pelo Fato de Outrem. Rio de Janeiro: Forense. 1973. p. 175.
- ⁶⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 22 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 13.
- ⁶¹ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Curso de Direito Administrativo. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 269.
- ⁶² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 17. ed. Malheiros, 2004. p. 899.

- ⁶³ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. RE 369.820. Rel. Min. Carlos Velloso. DJe 27/02/2004. Disponível em: 00U%20(RE.ACMS.%20ADJ2%20369820.ACMS.)&base=baseAcordaos>, acessado em 23 de novembro de 2009.
- ⁶⁴ TARTUCE, Flávio. Direito Civil. v.2. 3 ed. São Paulo: Método, 2008. p. 469-473.
- ⁶⁵ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Curso de Direito Administrativo. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 268.
- ⁶⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil. v III. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 195.
- ⁶⁷ TARTUCE, Flávio. Direito Civil. v.2. 3 ed. São Paulo: Método, 2008. p. 468.
- ⁶⁸ FANTE, Cléo. Fenômeno Bullying: Como prevenir a violências nas escolas e educar para a paz. 2 ed. Campinas: Verus, 2005. p. 61.
- ⁶⁹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil. v III. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 101.
- ⁷⁰ TARTUCE, Flávio. Direito Civil. v.2. 3 ed. São Paulo: Método, 2008. p. 571.
- ⁷¹ VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: Responsabilidade Civil. v. IV. ed. 8. São Paulo: Atlas, 2008. p. 302.
- ⁷² RESEDÁ, Salomão. A Função Social do Dano Moral. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009. p. 185.
- ⁷³ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil. v III. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 101.
- ⁷⁴ BRASIL, Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Apelação Cível 08331-83.2006.807.0003. Rel. Des. Waldir Leôncio C. Lopes Júnior. 2T. Disponível em : <<http://tjdf19.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcg1?NXTPGM=plhtml02&ORIGEM=INTER&TitCabec=2%AA+Inst%E2ncia+%3E+Consulta+Processual&SELECAO=1&CHAVE=2006.03.1.008331-2&COMMAND=+>>>, acessado em 20 de novembro de 2009.
- ⁷⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil. v III. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 152.
- ⁷⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro. v. 4. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 99-100.
- ⁷⁷ DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. 7 v. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 523.
- ⁷⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro. v. 4. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 118.
- ⁷⁹ ROCA, Encarna. Derecho de Daños. 5 ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007. p. 153.
- ⁸⁰ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 199.
- ⁸¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro. v. 4. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 111.
- ⁸² GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil. v III. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 162.
- ⁸³ Ibid.,. p. 154.
- ⁸⁴ MAIOR, Olympio Sotto. DEL-CAMPO, Eduardo R. Ancântara. Munir Cury (Coord.). Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado. São Paulo: Malheiros. 2008. p. 401.
- ⁸⁵ FANTE, Cléo. Fenômeno Bullying: Programa educar para a paz. São Paulo: Verus. 2005, p. 29.

**ARTIGOS SOBRE
DIREITO ADMINISTRATIVO
E DIREITO CONSTITUCIONAL**

AÇÕES AFIRMATIVAS: UMA BUSCA PELA IGUALDADE MATERIAL

Rosalvo Augusto Vieira da Silva

Juiz de Direito - Turma Recursal de Salvador-BA. Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela Universidade Estácio de Sá. Especialista em Direito Civil e Processual Civil pela EMAB. Diretor da EMAB- Escola de Magistrados da Bahia.

Resumo: O presente trabalho tem por objetivo precípua o estudo das ações afirmativas sob a ótica do princípio da igualdade. Dentro desse contexto, buscar-se-á analisar se tais políticas públicas e privadas promovem de fato a isonomia ou se tornam por acirrar ainda mais as desigualdades sociais. Com vistas à consecução deste objetivo principal, serão estudados os antecedentes históricos das ações afirmativas, de modo a comparar os modelos estadunidense e brasileiro de implantação destas políticas públicas e privadas. Como parte do estudo, será feita abordagem acerca dos ideais de justiça distributiva e justiça compensatória verificando quais se coadunam com as ações afirmativas. Ademais, o estudo perpassa pela distinção entre ações afirmativas e discriminações positivas, bem como pelo polêmico sistema de cotas para negros em universidades. Analisar-se-á de igual forma, as discriminações de gênero e aos portadores de deficiência, por se tratar de categorias discriminadas historicamente.

Palavras-Chave: Ações afirmativas. Igualdade. Discriminação. Preconceito.

Sumário: 1 - Introdução; 2 - Referencial histórico das Ações Afirmativas no Brasil; 3 - Justiça Distributiva x Justiça Compensatória; 4- Distinção entre Ações Afirmativas e Discriminações Positivas; 5 - o polêmico sistema de cotas para negros nas universidades públicas; 6 - Discriminação de gênero; 7 - discriminação aos portadores de deficiência; 8- Ações afirmativas sob a ótica do princípio da igualdade; 9 - considerações finais; Referências Bibliográficas.

1. Introdução

Constitui um dos objetivos da República Federativa do Brasil promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, inciso IV, CF/88).

Preconiza ainda o texto constitucional no *caput* do art. 5º que todos são iguais perante a lei, destarte, o princípio da igualdade consiste em direito fundamental.

Nesse contexto, se insere o tema de estudo, ora proposto, porquanto a sociedade brasileira ainda vivencia uma realidade equidistante da almejada pelos constituintes de 1988.

A busca incessante pela igualdade em seu aspecto material teve como reflexo a importação brasileira do modelo de ações afirmativas estadunidense, numa tentativa de amenizar as disparidades sociais.

É certo que o Estado brasileiro tem se preocupado principalmente na promoção da discriminação positiva, ou seja, transformar em norma as discriminações, com vistas a promover a igualdade para os desiguais, a citar a licença para gestantes.

Os programas de ações afirmativas, entretanto, não têm por objetivo a normatização, ou seja, não almejam a promoção da igualdade formal, estas se preocupam com a igualdade em seu sentido material, de concretização dos postulados legais.

Dentro dessa realidade, organismos privados tem buscado implementar ações afirmativas buscando somar-se as iniciativas do Poder Público, vale mencionar a Faculdade Zumbi dos Palmares, de criação da ONG afrobras.

Os contornos acerca do tema das ações afirmativas ainda não se encontram bem delimitados, fato este que se justifica diante da sua ligação ao polêmico sistema de cotas.

Nesse sentido, o estudo do tema pelos doutos pátrios normalmente tem por enfoque o sistema de cotas para negros nas Universidades Públicas, ante a grande repercussão que este último tema provoca na sociedade.

Assim, o presente trabalho tem como objeto de estudo as “Ações Afirmativas”, sob a perspectiva do princípio constitucional da igualdade, deste modo, buscar-se-á verificar se estas ações têm verdadeiro cunho concretizador da igualdade, preconizada no seu sentido material, ou mesmo, se a criação de privilégios a determinados grupos tornam por acirrar ainda mais as desigualdades sociais.

2. Referencial Histórico das Ações Afirmativas no Brasil

No Brasil o tema das ações afirmativas é recente, suas vozes ecoaram pela primeira vez no governo de Fernando Henrique Cardoso, numa tentativa de implantação do modelo de ações afirmativas norte-americano.

O modelo estadunidense, de acordo com Roberta Kaufmann, surgiu num contexto diferente do brasileiro, as ações afirmativas naquele país serviram como verdadeiro instrumento apaziguador de uma iminente guerra civil, resultado de anos de segregação racial¹.

A implantação de ações afirmativas nos Estados Unidos da América, portanto, consistiu num meio encontrado pelos governantes para gerir a crise enfrentada no país, diante de anos de segregação racial.

Mister destacar que a inserção de programas positivos não obteve à época o apoio dos líderes do movimento negro, a citar o exemplo de Martin Luther King, contraditoriamente os principais incentivadores desses programas faziam parte da elite branca do país, ademais incumbiu a um Republicano considerado conservador, qual seja Richard Nixon, promover a integração dos negros através de medidas positivas².

Outrossim, a abolição da escravidão nos Estados Unidos não foi capaz de inserir os negros na sociedade, de forma que estes obtivessem os mesmos direitos dos brancos.

A segregação racial era institucionalizada, porquanto detinha o apoio do governo e sociedade, nesse diapasão a proibição racial estava disseminada em todos os ambientes sociais, nas escolas, hospitais, restaurantes, lojas e etc. A principal luta dos movimentos negros, portanto, que surgiram na década de 60 e 70 almejava a inserção de uma política não-segregacionista.

Com o governo de John Kennedy, após a Suprema Corte americana ter se pronunciado a favor da extinção da segregação racial, foram tomadas as primeiras iniciativas no sentido de acabar com a discriminação e implantar o sistema de ações afirmativas³.

Nesse sentido, as ações afirmativas surgem como uma tentativa de combate à discriminação racial, haja vista que o governo americano à época não possuía uma visão de inclusão social, o simples combate à discriminação era considerado um significativo avanço para os negros.

Verificou-se, posteriormente, que o simples combate à discriminação não era capaz de acabar com a segregação racial, visto que brancos e negros continuavam não se misturando, o que resultou em manifestações violentas, principalmente a partir da morte do líder negro Martin Luther King⁴.

A necessidade de promover a integração dos negros naquele país passou a se tornar urgente, a partir de então diversos programas positivos foram implementados, muito mais como uma tentativa de acalmar os ânimos sociais, do que promover a real integração dos negros na sociedade.

A iminência de uma guerra civil, portanto, consistiu em verdadeira mola propulsora para que os governantes tomassem uma atitude relacionada à segregação racial, destarte, a criação de políticas positivas tornou-se necessária para a manutenção da paz social.

Diversamente, no modelo brasileiro de inserção das ações afirmativas não há que se falar em segregação racial, muito embora o preconceito e a discriminação dos negros representem uma realidade no Brasil.

Ocorre que a colonização brasileira divergiu da colonização americana, sobretudo, porque houve uma natural miscigenação das raças no país, diferentemente nos Estados Unidos houve o incentivo a segregação racial.

Sobre esta questão merece salientar a posição do ex-presidente do Brasil, Fernando Henrique Cardoso:

Devemos, pois, buscar soluções que não sejam pura e simplesmente a repetição ou a cópia de soluções imaginadas para situações em que também há discriminação e preconceito, mas em um contexto diferente do nosso. É melhor, portanto, buscarmos uma solução mais imaginativa.

A questão racial no Brasil está indissociavelmente ligada à questão econômica, de classe social, tendo em vista que a discriminação aqui se perfaz também em razão da situação financeira do indivíduo, daí a idéia surgida de que o “branco pobre se torna negro e negro rico se torna branco”.

Transportar o modelo de ações afirmativas para o Brasil nos exatos moldes do americano, não atende aos anseios da sociedade brasileira, porquanto já restou demonstrado alhures, que os programas positivos naquele país foram fruto de uma severa segregação racial existente, assim há necessidade de adequação do modelo americano ao modelo pátrio.

Saliente-se que o Brasil carece de estudos que se proponha a realizar uma análise mais profunda acerca das ações afirmativas e os fatores de discriminação, a questão racial representa apenas uma das nuances dos programas positivos, desse modo é imperioso ampliar o estudo, a fim de que este não se resuma ao sistema de cotas nas universidades, mas represente um verdadeiro promovedor do princípio da igualdade.

Nessa senda, a promoção do princípio da igualdade na realidade brasileira não se baseia somente na questão racial, pois que a implantação de ações afirmativas atinge também outros grupos sociais, a citar idosos e deficientes físicos.

3. Justiça Distributiva x Justiça Compensatória

A doutrina vem discutindo se as ações afirmativas buscam consagrar os ideais de justiça compensatória ou se estaria relacionada aos fundamentos da justiça distributiva.

Acerca dessas duas teorias, Roberta Kaufmann as distingue da seguinte forma: enquanto a justiça compensatória almeja corrigir erros ou injustiças cometidos por particulares, ou mesmo pelo governo, contra determinadas pessoas no passado, a justiça distributiva seria aquela em que se objetiva promover oportunidades para determinados indivíduos, redistribuindo direitos, com o fito de amenizar as disparidades sociais⁵.

Dentro desse contexto, as ações afirmativas demonstram afinidade com os ideais da justiça distributiva, tendo em vista que para aplicação da justiça compensatória, como bem explanado pela autora supracitada, seria necessário identificar os autores para promover a responsabilização, o que por sua vez poderia levar a uma responsabilização infinita.

Ademais, pelo ideal de justiça compensatória a responsabilização recairia sob indivíduos que não cometeram os erros ou injustiças, da mesma forma que a compensação se daria entre os indivíduos que não sofreram os verdadeiros danos, nessa esteira seria algo contraditório ao próprio ideal de justiça.

Hodiernamente, tem se falado muito nos ideais da justiça distributiva, principalmente no âmbito do Poder Judiciário, mais especificamente diante da figura do magistrado.

O norte orientador da atuação dos magistrados tem sido o dever de emitir provimentos judiciais que impliquem na eliminação de efeitos discriminatórios, buscando redirecionar os benefícios, direitos e oportunidades aos cidadãos, como assevera Roberta Kaufmann⁶.

O Poder Judiciário tem por norte o ideal de justiça distributiva, ou seja, de acordo com critérios de razoabilidade e necessidade, almeja distribuir aos cidadãos o que é devido a cada um, dentro dessa perspectiva o Judiciário tem atuado na promoção das ações afirmativas.

Vale ressaltar como uma dessas ações os Balcões de Justiça e Cidadania, cujo projeto teve início em 2003 pelo Tribunal de Justiça da Bahia, com o objetivo de constituir uma solução alternativa para os conflitos, ampliando o acesso à justiça aos jurisdicionados desprovidos economicamente.

Deste modo, mediante a resolução 05/2006, que por sua vez alterou a resolução 08/2004, o Egrégio Tribunal de Justiça da Bahia dispõe no art. 2º sobre a competência dos Balcões, *in verbis*:

Art. 2º Compete aos Balcões de Justiça e Cidadania oferecer orientação e assistência jurídica, conciliação e mediação de conflitos de interesse, nas questões cíveis de menor complexidade, enumeradas no art. 3º, *caput*, da Lei 9.099/95, e nas que versem sobre separação judicial, divórcio, fixação de alimentos, regulamentação de visitas e união estável, bem como educação para a cidadania e difusão de informações para a prática de direitos e deveres. (NR).

O referido projeto, portanto, tem como objetivo incentivar o acesso à Justiça, através de mecanismos capazes de inibir ou mesmo diminuir os conflitos de interesse, especialmente na população de baixa renda, para tanto necessário a adoção de medidas preventivas de orientação, assistência jurídica, conciliação e mediação.

Outro importante exemplo de promoção de ações afirmativas pelo Judiciário é a Justiça Itinerante, cuja possibilidade foi prevista pelo legislador constituinte através da Emenda nº 45/2004, assim observe-se:

Art. § 2º: Os Tribunais Regionais Federais instalarão a justiça itinerante, com a realização de audiências e demais funções da atividade jurisdicional, nos limites territoriais da respectiva jurisdição, servindo-se de equipamentos públicos e comunitários”.

“Art. 115, § 1º: Os Tribunais Regionais do Trabalho instalarão a justiça itinerante, com a realização de audiências e demais funções de atividade jurisdicional, nos limites territoriais da respectiva jurisdição, servindo-se de equipamentos públicos e comunitários”.

“Art. 125, § 7º: O Tribunal de Justiça instalará a justiça itinerante, com a realização de audiências e demais funções da atividade jurisdicional, nos limites territoriais da respectiva jurisdição, servindo-se de equipamentos públicos e comunitários”. (grifo nosso)

A Justiça itinerante é disponibilizada por meio de unidades móveis, em regra, através de ônibus adaptados, com o fito de levar a atividade jurisdicional do Estado a lugares mais remotos e, desta forma necessitados.

Neste modelo atuam juízes, conciliadores, defensores públicos e promotores, a fim de que sejam solucionados os conflitos por meio da conciliação, todavia, não sendo possível haverá o encaminhamento das partes ao juízo comum.

Em cada unidade móvel tem uma equipe composta por bacharel em direito, estagiários, e pessoal de apoio que embarcam para atender a população de forma gratuita, ágil, eficiente e desburocratizada.

Na Bahia o projeto da Justiça Itinerante teve início antes mesmo da previsão da Emenda nº 45/2004, assim sua atuação tem por enfoque as localidades onde não existem os Balcões de Justiça.

Com vistas a assegurar o acesso à justiça, o Estado se incumbiu de prestar assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos (art.5º, LXXIV), para tanto foi instituída as Defensorias Públicas, a quem incumbirá a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, conforme preleciona o art.134, da CF/88.

Nesse diapasão, as Defensorias Públicas do Estado atuam nas áreas Cíveis, Fazenda Pública, Defesa do Consumidor, Família, Curadoria, Crime, Execuções Penais, Direitos da Criança e do Adolescente, Proteção a pessoa idosa, Juizados Especiais, Proteção aos Direitos Humanos, Combate à violência doméstica, bem como no Tribunal de Justiça, consoante o art. 4º da Lei Complementar nº 80/94.

Além das Defensorias Públicas do Estado o cidadão carente também encontra auxílio da Defensoria Pública da União, com competência principalmente para atuar nas causas contra União, autarquias federais, fundações públicas e órgãos públicos federais, a citar INSS, FUNAI, INCRA e Caixa Econômica Federal.

Destarte, suas áreas de maior atuação são as que dizem respeito à saúde, educação, previdência social, assistência social, moradia, liberdade e ações coletivas, consoante se depreende da Lei Complementar nº 80/94.

Vale mencionar que a Defensoria da União também adota o projeto da Justiça Itinerante, levando ao conhecimento dos cidadãos moradores de áreas distantes da urbana assistência jurídica gratuita, bem como divulgando o papel da Instituição.

Neste desiderato, para todos os indivíduos que almejam uma sociedade livre, justa e

igualitária, a discussão acerca das ações afirmativas ganha especial relevo, diante da proposta em promover a igualdade entre os cidadãos em posição de desigualdade social.

Assim, a implantação de ações afirmativas, atualmente, pode ser visualizada tanto nos setores públicos, por meio dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, quanto nos setores privados, nestes principalmente através de ONG's.

4. Distinção entre Ações Afirmativas e Discriminações Positivas

As ações afirmativas consistem em verdadeiros mecanismos de inclusão social, cujo objetivo é amenizar as disparidades sociais, através de ações temporárias promovidas por políticas públicas, via regra, assim como por políticas privadas.

Acerca do conceito das ações afirmativas merece trazer à baila o posicionamento do Min. Joaquim Barbosa Gomes:

Conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, concebidas com vistas ao combate da discriminação racial, de gênero, por deficiência física e de origem nacional, bem como para mitigar os efeitos presentes da discriminação praticada no passado, tendo por objetivo a concretização do ideal de efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais como a educação e o emprego⁷.

Destarte, as ações afirmativas segundo o Min. Joaquim Barbosa podem ser políticas promovidas pelo Poder Público, bem como por entes privados, por compulsoriedade, ou seja, quando houver uma obrigação em promover estas ações para efetivação do princípio da igualdade material, podendo ser ainda de forma facultativa ou voluntária.

Ademais, da conceituação do Ministro extrai-se que as ações afirmativas buscam promover a justiça compensatória: “mitigar os efeitos presentes da discriminação praticada no passado”.

Como visto no tópico anterior, considerar este tipo de ações como tentativas de promover a compensação por erros cometidos no passado seria um equívoco, porquanto seria necessário identificar os autores para promover a responsabilização, o que por sua vez poderia levar a uma responsabilização infinita, além do que a responsabilização recairia sob indivíduos que não cometeram os erros ou injustiças, da mesma forma que a compensação se daria entre os indivíduos que não sofreram os verdadeiros danos.

Por estas razões os ideais de justiça distributiva se coadunariam com a verdadeira finalidade das ações afirmativas, já que estas têm por fim promover oportunidades para determinados indivíduos, em situação de desigualdade social, redistribuindo direitos, de forma a amenizar as desigualdades.

De acordo com a Min. Carmem Lúcia Antunes Rocha, as ações afirmativas podem ser traduzidas como:

Uma forma para se promover a igualdade daqueles que foram e são marginalizados por preconceitos enraizados na cultura dominante da sociedade. Por esta desigualação positiva promove-se a igualação jurídica efetiva; por ela afirma-se uma fórmula jurídica para se provocar uma efetiva igualação social, política, econômica no e segundo o Direito, tal

como assegurado formal e materialmente no sistema constitucional democrático. A ação afirmativa é, então, forma jurídica para se superar o isolamento ou a diminuição social a que se acham sujeitas as minorias⁸.

Do conceito extraído acima denota-se que as ações afirmativas e discriminações positivas são consideradas como sendo a mesma coisa, senão vejamos: “Por esta **desigualdade positiva** promove-se a igualação jurídica efetiva. A ação afirmativa é, então, forma jurídica para se superar o isolamento ou a diminuição social a que se acham sujeitas as minorias”. (grifo nosso)

Assim, verifica-se que ações afirmativas e discriminações positivas são conceitos confundidos, sendo considerados como sinônimos, portanto, necessário distingui-los, nesse sentido Leila Bellintani ao citar Fernando Rey Martínez estabelece que ações afirmativas são um gênero do qual as discriminações positivas são espécies⁹.

As discriminações positivas buscam inserir na norma tratamento diferenciado, seria a consubstanciação formal da igualdade, por sua vez as ações afirmativas promovem este tratamento por meio de políticas públicas ou privadas, sem necessariamente promover alteração legal.

Muito embora haja discussão acerca da constitucionalidade das discriminações positivas, o ordenamento jurídico brasileiro teve inserido no art. 37, VIII, da CF/88, a seguinte discriminação positiva:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

VIII - a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão; (grifo nosso)

Neste artigo buscou-se privilegiar os portadores de deficiência, por entender que estes se encontram em situação de desigualdade social, ademais, vale citar a Lei eleitoral nº 9.504/97 que em seu parágrafo 3º, art.10 estabeleceu:

§ 3º Do número de vagas resultante das regras previstas neste artigo, cada partido ou coligação preencherá o mínimo de 30% (trinta por cento) e o máximo de 70% (setenta por cento) para candidaturas de cada sexo. (Redação dada pela Lei nº 12.034, de 2009)

A lei brasileira, não obstante, ser omissa quanto ao termo discriminações positivas, diante das previsões supramencionadas, infere-se que estas foram aceitas pelo ordenamento jurídico, contudo, permanece em pauta à discussão acerca da promoção da igualdade material ou exasperação das desigualdades sociais.

5. O Polêmico Sistema de Cotas para Negros nas Universidades Públicas

No Brasil o tema das ações afirmativas tornou-se amplamente conhecido somente após o

sistema de cotas para negros nas universidades, já que este último gerou enorme polêmica nos setores sociais, nessa esteira, anteriormente, muito pouco se sabia sobre as ações afirmativas, seu conceito, objetivo, características, enfim o universo deste tema ainda não havia sido explorado.

O modelo de ações afirmativas brasileiro consistiu numa importação do modelo norte-americano, ocorre que o modelo estadunidense é resultado de uma severa segregação racial existente no país, desta forma a implantação de ações afirmativas tinha como escopo acalmar os ânimos sociais, a fim de evitar uma guerra civil.

Diversamente, no Brasil jamais houve uma segregação racial nos moldes norte-americano, o preconceito no país transcende a questão somente da cor, uma vez que a situação econômica consiste em importante elemento de discriminação.

Não se quer dizer, entretanto, que no Brasil não existe o preconceito racial, malgrado a sociedade brasileira seja miscigenada, os negros continuam a ser discriminados, sejam nas escolas, nos empregos, enfim a discriminação ainda consiste uma realidade no país.

Nesse contexto de discriminação racial, foi implantada em 2001 pela Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ) uma política de reserva de vagas para negros em universidades públicas, consistindo assim, numa tentativa de amenizar a discriminação sofrida pelos negros, ampliando para estes o acesso ao ensino superior¹⁰.

Não obstante o tema das ações afirmativas serem comumente atrelado à política de cotas, vale ressaltar que este sistema de reserva de vagas para negros em universidades são apenas uma das espécies de ações afirmativas, desse modo existem outras formas de promover a igualdade, a teor disso Roberta Kaufmann assevera:

As cotas são apenas um dos mecanismos existentes na aplicação da política de proteção às minorias desfavorecidas, e podem aparecer não somente com a reserva de vagas no vestibular, para ingresso nas Universidades, mas ainda na porcentagem de empregos para determinados grupos. É preciso destacar, no entanto, que existem diversas outras modalidades de medidas positivas, como bolsas de estudos, reforço escolar, programas especiais de treinamento, cursinhos pré-vestibulares, linhas especiais de crédito e estímulos fiscais diversos que levem em conta a raça como fator de segregação¹¹.

Dessarte, a política de cotas para negros em universidades públicas consistem em uma, dentre outras medidas, que podem ser adotadas como mecanismo de inclusão social, no entanto, a repercussão social desencadeada com esta modalidade de ações afirmativas dividiu a sociedade em basicamente dois grupos, os que apóiam esta medida e os que a repudiam.

Não se pode negar que esta modalidade de ação afirmativa tem natureza essencialmente compensatória, ou seja, trata-se de política inclusiva para negros em universidades públicas, consistente numa tentativa de reparar as discriminações fruto de um passado de escravidão.

A política de cotas nas universidades, além de divulgar o tema das ações afirmativas tornou conhecida no Brasil a expressão “afro-descendente”, acerca disto vale observar a portaria nº 196/2002 da Universidade Estadual da Bahia (UNEB), ao estabelecer a reserva de vagas, nesse desiderato:

Art. 1º - Estabelecer a quota mínima de 40% (quarenta por cento) para a população afro-descendente, oriunda de escolas públicas, no preenchimento das vagas relativas aos cursos de graduação e pós-graduação

oferecidos pela Universidade do Estado da Bahia-UNEB, seja na forma de vestibular ou de qualquer outro processo seletivo.(grifo nosso)

Parágrafo Único – **Serão considerados afro-descendentes, para os efeitos desta Resolução**, os candidatos que se enquadrarem como pretos ou pardos, ou denominação equivalente, conforme classificação adotada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE (grifo nosso).

Insta ressaltar que a própria portaria estabelece quem são os afro-descendentes, portanto, no ato de inscrição do vestibular o candidato que se considerar afro-descendente deverá demonstrar a sua opção pela participação no sistema de cotas.

Nesse aspecto reside grande controvérsia, diante da subjetividade que envolve esta opção, assim perfilhamos do entendimento de que o critério mais auspicioso consiste na reserva de vagas para estudantes de escolas públicas, porquanto o acesso ao ensino superior no Brasil está inteiramente atrelado à questão econômica.

Com espreque, a discriminação racial, juntamente à questão econômica são fatores que justificam o baixo índice de negros no ensino superior, dentro dessa perspectiva observe o posicionamento da Min. Carmem Lúcia Antunes Rocha:

O fato de ser favorável à adoção de quotas para pobres no que concerne ao ingresso no ensino superior e não para negros e pardos não configura, contudo, qualquer tendência, neste caso, à aceitação a teoria marxista, a qual salienta que a existência de qualquer discriminação se deve tão somente a fatores econômicos¹².

Imperioso salientar que à condição econômica em se tratando da política de cotas deve ser considerado como fator preponderante, já que existem muitos brancos que não possuem acesso ao ensino superior devido à situação financeira, de modo inverso também existem negros que tiveram ensino de qualidade e por isso estão aptos a ingressar em uma universidade.

A raiz do problema, por conseguinte, advém da má qualidade de ensino das escolas públicas, tendo em vista que estas em sua maioria não são aptas a promover o ingresso de alunos nas universidades, a teor disso Leila Bellintani esclarece:

De acordo com dados do INEP-MEC, de cada quatro alunos que cumprem o ensino médio no Brasil, três são provenientes de escolas públicas. Em face deste quadro é que JOSÉ DE SOUZA MARTINS aduz que: “seria um equívoco se a adoção de cotas para negros nas universidades brasileiras tivesse por objetivo apenas resolver uma injustiça histórica. A universidade não é boa para isso, até porque essa não é sua função. De nada adianta adotar o regime de cotas na universidade, se a escola elementar e a escola média continuarem na indigência em que se encontram. A decadente qualidade de ensino nesses níveis de escolarização é que constitui umas das principais fábricas de injustiça social neste país, e não só de injustiça racial. A porta dos fundos não fará jus a ninguém. **Os alunos que são barrados no vestibular não o são por sua raça. Eles o são, negros ou brancos, porque não atingem o nível mínimo e básico de conhecimento para ingressar na universidade.** (grifo nosso)¹³

ENTRE ASPAS

Seguindo este entendimento, o sistema de cotas não deve ser em razão da raça, mas sim da situação econômica, haja vista que o cerne da questão reside na má qualidade do ensino público, deste modo a política de cotas consiste em apenas uma das espécies de ações afirmativas, dentre inúmeras outras que podem ser adotadas com vistas a minorar as disparidades sociais.

O Supremo Tribunal Federal em decisão de relatoria do Min. **Ricardo Lewandowski se manifestou acerca do sistema de cotas da UNB (Universidade de Brasília), nessa senda vale colacionar trechos mais importantes do acórdão:**

DECISÃO: Trata-se de arguição de descumprimento de preceito fundamental, proposta pelo partido político DEMOCRATAS (DEM), contra atos administrativos da Universidade de Brasília que instituíram o programa de cotas raciais para ingresso naquela universidade. Alega-se ofensa aos artigos 1º, caput e inciso III; 3º, inciso IV; 4º, inciso VIII; 5º, incisos I, II, XXXIII, XLII, LIV; 37, caput; 205; 207, caput; e 208, inciso V, da Constituição de 1988. A peça inicial defende, em síntese, que “(...) na presente hipótese, sucessivos atos estatais oriundos da Universidade de Brasília atingiram preceitos fundamentais diversos, na medida em que estipularam a criação da reserva de vagas de 20% para negros no acesso às vagas universais e instituíram verdadeiro ‘Tribunal Racial’, composto por pessoas não-identificadas e por meio do qual os direitos dos indivíduos ficariam, sorrateiramente, à mercê da discricionariedade dos componentes, (...)” (fl. 9). O autor esclarece, inicialmente, que **a presente arguição não visa a questionar a constitucionalidade de ações afirmativas como políticas necessárias para a inclusão de minorias, ou mesmo a adoção do modelo de Estado Social pelo Brasil e a existência de racismo, preconceito e discriminação na sociedade brasileira. Acentua, dessa forma, que a ação impugna, especificamente, a adoção de políticas afirmativas “racialistas”, nos moldes da adotada pela UnB, que entende inadequada para as especificidades brasileiras. Assim, a petição traz trechos em que se questiona se “a raça, isoladamente, pode ser considerada no Brasil um critério válido, legítimo, razoável, constitucional, de diferenciação entre o exercício de direitos dos cidadãos” (fl. 28). Defende o partido político, com isso, que o acesso aos direitos fundamentais no Brasil não é negado aos negros, mas aos pobres e que o problema econômico está atrelado à questão racial.. Afirma que o item 7 e os subitens do Edital nº 02/2009 do CESPE/ UNB violam o princípio da igualdade e da dignidade humana, na medida em que ressuscitam a crença de que é possível identificar a que raça pertence uma pessoa (fl. 29). Assim, indaga a respeito da constitucionalidade dos critérios utilizados pela comissão designada pelo CESPE para definir a “raça” do candidato, afirmando que saber quem é ou não negro vai muito além do fenótipo. A petição ressalta, ainda, que a aparência de uma pessoa diz muito pouco sobre a sua ancestralidade (fl. 30). Refere, com isso, que a “teoria compensatória”, que visa à reparação do dano causado pela escravidão, não pode ser aplicada**

num país miscigenado como o Brasil. Conclui, assim, que as cotas raciais instituídas pela UnB violam o princípio constitucional da proporcionalidade, por ofensa ao subprincípio da adequação, no que concerne à utilização da raça como critério diferenciador de direitos entre indivíduos, uma vez que é a pobreza que impede o acesso ao ensino superior (fl. 74). Sugere que um modelo que levasse em conta a renda em vez da cor da pele seria menos lesivo aos direitos fundamentais e também atingiria a finalidade pretendida de integrar os negros (fl. 75). **Trata-se do difícil problema quanto à legitimidade constitucional dos programas de ação afirmativa que implementam mecanismos de discriminação positiva para inclusão de minorias e determinados segmentos sociais.** O tema causa polêmica, tornando-se objeto de discussão, e a razão para tanto está no fato de que ele toca nas mais profundas concepções individuais e coletivas a respeito dos valores fundamentais da liberdade e da igualdade. De toda forma, é preciso enfatizar que, enquanto em muitos países o preconceito sempre foi uma questão étnica, no Brasil o problema vem associado a outros vários fatores, dentre os quais sobressai a posição ou o status cultural, social e econômico do indivíduo. **O questionamento feito pelo Partido Democratas (DEM) é de suma importância para o fortalecimento da democracia no Brasil. As questões e dúvidas levantadas são muito sérias, estão ligadas à identidade nacional, envolvem o próprio conceito que o brasileiro tem de si mesmo e demonstram a necessidade de promovermos a justiça social.** Somos ou não um país racista? Qual a forma mais adequada de combatermos o preconceito e a discriminação no Brasil? Desistimos da “Democracia Racial” ou podemos lutar para, por meio da eliminação do preconceito, torná-la uma realidade? Precisamos nos tornar uma “nação bicolor” para vencermos as “chagas” da escravidão? Até que ponto a exclusão social gera preconceito? O preconceito em razão da cor da pele está ligado ou não ao preconceito em razão da renda? Como tornar a Universidade Pública um espaço aberto a todos os brasileiros? Será a educação básica o verdadeiro instrumento apto a realizar a inclusão social que queremos: um país livre e igual, no qual as pessoas não sejam discriminadas pela cor de sua pele, pelo dinheiro em sua conta bancária, pelo seu gênero, pela sua opção sexual, pela sua idade, pela sua opção política, pela sua orientação religiosa, pela região do país onde moram etc.? Mas, enquanto essa mudança não vem, como alcançar essa amplitude democrática? Devemos nos perguntar, desde agora, como fazer para aproximar a atuação social, judicial, administrativa e legislativa às determinações constitucionais que concretizam os direitos fundamentais da liberdade, da igualdade e da fraternidade, nas suas mais diversas concretizações. Em relação ao ensino superior, o sistema de cotas raciais se apresenta como o mais adequado ao fim pretendido? As ações afirmativas raciais, que conjuguem o critério econômico, serão mais eficazes? Cotas baseadas unicamente na renda familiar ou apenas para os egressos do ensino público atingiriam

o mesmo fim de forma mais igualitária? Quais os critérios mais adequados para as peculiaridades da realidade brasileira? Embora a importância dos temas em debate mereça a apreciação célere desta Suprema Corte, neste momento não há urgência a justificar a concessão da medida liminar. O sistema de cotas raciais da UnB tem sido adotado desde o vestibular de 2004, renovando-se a cada semestre. A interposição da presente arguição ocorreu após a divulgação do resultado final do vestibular 2/2009, quando já encerrados os trabalhos da comissão avaliadora do sistema de cotas. Assim, por ora, não vislumbro qualquer razão para a medida cautelar de suspensão do registro (matrícula) dos alunos que foram aprovados no último vestibular da UnB ou para qualquer interferência no andamento dos trabalhos na universidade. Com essas breves considerações sobre o tema, indefiro o pedido de medida cautelar, ad referendum do Plenário. Publique-se. Comunique-se. Ante o término do período de férias do Tribunal, proceda-se à livre distribuição do processo¹⁴.

No supracitado acórdão o partido político Democratas questiona a raça como critério legítimo para promover diferenciação, assim afirmam que no Brasil a questão econômica está atrelada à questão racial, de forma que o acesso não é negado aos negros, mas sim aos pobres.

Merece ressaltar que o grande problema do acesso ao ensino superior é a falta de preparação por parte das classes economicamente inferiores, ademais os negros por questões históricas se inserem em sua maioria nas classes baixas, entretanto, aqueles de classe social mais abastada conseguem galgar ao ensino superior.

O entendimento perfilhado pelo partido político DEM ao propor a ADPF é que as cotas raciais instituídas pela UnB violam o princípio constitucional da proporcionalidade, por ofensa ao subprincípio da adequação, no que concerne à utilização da raça como critério diferenciador de direitos entre indivíduos, uma vez que é a pobreza que impede o acesso ao ensino superior

A contrariedade proposta no presente tópico, portanto, não tem por referência a política de cotas, estas devem continuar a ser implementadas, enquanto o ensino de qualidade não consistir uma realidade brasileira, contudo, a reserva de vagas nas universidades deveria destinar-se aos estudantes de escolas públicas.

O critério da raça, por sua vez, não se mostra suficiente para promover a inserção de grupos que não tem acesso às universidades, visto que a situação econômica é fator que prepondera no país quanto ao ingresso no ensino superior.

6. Discriminação de Gênero

A discriminação de gênero é aquela que considera o gênero masculino ou feminino como fator distintivo de tratamento, sob esta perspectiva a prática mais comum de diferenciação é contra as mulheres, em virtude da tradição histórica de sociedade patriarcal.

No Brasil, com a Constituição de 1988 estabeleceu-se a igualdade entre homens e mulheres, conforme preceitua o art. 5º, I, devendo elucidar que essa igualdade em direitos e obrigações são estabelecidas nos termos da Constituição, haja vista que a própria carta constitucional estabelece algumas diferenças, a citar o art.7º, XVIII- licença gestante, bem como o art.201, §7º, I- que

estabelece tempo de aposentadoria no regime geral de previdência social.

Com fulcro no princípio da igualdade, tal qual preconizado na Constituição de 1988, as Leis 9.100/95 e 9.504/97 preconizam cotas mínimas para candidatas mulheres em eleições, consistindo assim em verdadeiro avanço para a sociedade brasileira fruto do movimento feminista.

Vale trazer à baila o art. 10, §3º, da Lei nº 9.504/97 que estabelece a porcentagem de vagas para candidaturas de cada sexo em partidos políticos e coligações, *in verbis*:

Art. 10. Cada partido poderá registrar candidatos para a Câmara dos Deputados, Câmara Legislativa, Assembléias Legislativas e Câmaras Municipais, até cento e cinquenta por cento do número de lugares a preencher.
§ 3º Do número de vagas resultante das regras previstas neste artigo, cada partido ou coligação preencherá o mínimo de 30% (trinta por cento) e o máximo de 70% (setenta por cento) para candidaturas de cada sexo. (Redação dada pela Lei nº 12.034, de 2009).

Ademais, o artigo 45, inciso IV, da Lei nº 9.096/1995, que trata da propaganda partidária gratuita determina: IV – promover e difundir a participação política feminina, dedicando às mulheres o tempo que será fixado pelo órgão nacional de direção partidária, observado o mínimo de 10% (dez por cento).

Insta destacar que o §2º do artigo supramencionado traz punição para o partido que contrariar suas disposições, nessa esteira:

§ 2º O partido que contrariar o disposto neste artigo será punido: (Redação dada pela Lei nº 12.034, de 2009)

I - quando a infração ocorrer nas transmissões em bloco, com a cassação do direito de transmissão no semestre seguinte; (Incluído pela Lei nº 12.034, de 2009)

II - quando a infração ocorrer nas transmissões em inserções, com a cassação de tempo equivalente a 5 (cinco) vezes ao da inserção ilícita, no semestre seguinte. (Incluído pela Lei nº 12.034, de 2009)

Tais dispositivos legais representam a ascensão feminina no cenário político nacional, porquanto tornou imprescindível a participação de mulheres em partidos e coligações, de tal sorte que o descumprimento destes preceitos legais acarreta em sanção ao partido político.

Acerca da discriminação de gênero, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher aprovada pela Assembléia Geral da ONU, em 18 de setembro de 1979, preleciona:

Toda distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo e que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício pela mulher, independentemente de seu estado civil, com base na igualdade do homem e da mulher, dos direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer campo.

Vale ressaltar que o Brasil é um dos países signatários desta Convenção, tendo sido assinado a presente no ano de 1981, com reservas na parte relativa à família, porém, após a

ENTRE ASPAS

Constituição de 1988 que preconiza a igualdade como direito fundamental, a Convenção foi aceita plenamente sem qualquer reserva a um dos seus postulados¹⁵.

Com o advento da Emenda Constitucional nº 45/2004 foi inserido o §3º, ao art.5º da CF/88, assim dispõe o aludido dispositivo:

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) (Atos aprovados na forma deste parágrafo)

Sobre este parágrafo há duas correntes doutrinárias no ordenamento jurídico pátrio, destarte, para a primeira a incorporação seria automática, desta forma a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, mesmo antes da Emenda nº 45/2004, por envolver temas de direitos humanos gozaria no ordenamento jurídico brasileiro de status constitucional.

Contrariamente há aqueles que perfilham do entendimento de ser necessário submeter os tratados ratificados anteriormente a este dispositivo ao procedimento estabelecido no texto constitucional, portanto, não haveria que se falar em incorporação automática.

Mister destacar que o Supremo Tribunal Federal quando do julgamento do RE 466.343-SP, consagrou a tese do Min. Gilmar Mendes, qual seja os tratados já vigentes no Brasil, anteriores a emenda nº 45/2004, possuem valor supralegal, nesse sentido tais tratados estariam num nível superior ao direito ordinário¹⁶.

No ordenamento jurídico brasileiro vige atualmente o seguinte panorama, após a referida decisão do Supremo:

- a) tratados de direitos humanos não aprovados com *quorum* qualificado: valor supralegal;
- b) tratados de direitos humanos aprovados com *quorum* qualificado pelo Congresso Nacional: Valor de Emenda Constitucional (valor constitucional);
- c) tratados que não versam sobre direitos humanos: valor legal (tese da equiparação ou paridade);
- d) exceção a essa regra constitui eventual tratado sobre direito tributário (visto que ele goza de valor supralegal – CTN, art. 98)¹⁷.

O tratado internacional de discriminação contra a mulher representa grande avanço, porquanto as mulheres sempre foram alvo de discriminações ao longo da história da humanidade.

Em praticamente todas as civilizações, sejam elas antigas ou atuais, as mulheres sofrem com algum tipo de tratamento discriminatório, nas áreas política, econômica, social, cultural ou civil, nessa senda de acordo com o relatório de desenvolvimento humano do ano de 1995:

Segundo o relatório, não há um único país - incluindo os mais avançados e democráticos - em que as mulheres não sejam discriminadas. Elas trabalham mais que os homens e ganham menos; não têm as mesmas oportunidades de educação, mercado, ascensão social e liderança. A

despite das muitas conquistas alcançadas neste século, as mulheres continuam vitimadas por tradições culturais, guerras, exploração econômica, violência machista, abuso sexual, prostituição, estupro, aborto, fome, desprezo e discriminação geral. Os poderes masculinos ainda recusam a libertação das mulheres, oferecendo-lhes em troca um “feminismo holístico” e uma “dignificação da mulher” que só legitimam as injustiças acumuladas em séculos de História, atribuídas por má-fé à Natureza¹⁸.

Em referência a este relatório foi constatado que: 2/3 dos analfabetos do mundo são mulheres; apenas 10% da renda mundial são das mulheres; são donas de apenas 1% da terra; 70% dos miseráveis do mundo são mulheres.

Os dados apenas comprovam algo que é notório na sociedade, de que as mulheres são as principais vítimas de discriminação de gênero, assim malgrado estas tenham galgado ao longo dos anos inúmeras conquistas, a citar o direito de voto, a igualdade entre os sexos ainda está longe de ser concretizada.

No Brasil a participação feminina tem sido crescente nos diversos setores sociais, no mercado de trabalho constatou-se, entre 1981 e 2002, que a taxa de atividade feminina elevou-se de 32,9 para 46,6%, ou seja, um acréscimo de 13,7 pontos percentuais em 21 anos¹⁹.

Visando combater à discriminação de gênero no âmbito dos concursos públicos o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios pronunciou a seguinte decisão:

Mandado de Segurança. Concurso público. Cirurgião-dentista. Polícia militar do Distrito Federal. Nomeação de candidatas do sexo feminino. Legalidade. Princípio da isonomia. Recurso improvido. Unânime. Pode haver a discriminação por sexo em concurso público, contanto que guarde pertinência lógica entre o fato discriminante e a função a ser desempenhada. No entanto, não há justificativa para embasar tal distinção, pois inexistente incompatibilidade entre o sexo feminino e a função a ser desempenhada. O pleito ofende o princípio da isonomia consagrado pela Constituição Federal. (APC nº 1998.01.1.020368-4/TJDFT, 4ª Turma, Relator: Lecir Manoel da Luz, julgamento em 21.2.2000)²⁰.

Resta sedimentado na jurisprudência pátria que há possibilidade do concurso público estabelecer critérios de distinção tais como sexo, idade, altura, desde que a diferenciação exigida tenha correlação direta com a função a ser exercida, do contrário a Administração estaria incorrendo em grave afronta ao princípio da igualdade.

Diante do exposto, a discriminação de gênero consiste em ofensa ao princípio da igualdade quando se tratar de medida desarrazoada, desproporcional, inadequada, outrossim, preconceituosa, todavia, quando a discriminação for pertinente e visando a inserção social não configurará desrespeito a isonomia.

7. Discriminação aos Portadores de Deficiência

Tão notória quanto à discriminação de gênero é a referente aos portadores de deficiência, vítimas de preconceito desde os tempos antigos, através das lições de Aristóteles acerca dos nascimentos

ENTRE ASPAS

infere-se o quão eram discriminadas as pessoas com deformidade física, de tal modo que as crianças nascidas com mutilação não poderiam ser criadas e a lei deveria determinar que fossem expostas²¹.

O principal fundamento à época considerava as mutilações e deformidades físicas como espécies de maldição, castigo ou mesmo punição, nesse sentido, o tratamento dispensado a estas pessoas colocava-os à margem da sociedade, isso se a lei não determinasse que a criança nascida com deficiência devesse ser morta.

Nessa conjuntura, este pensamento perdurou durante longos anos nas mais diversas civilizações, a citar Grécia e Roma Antiga, até mesmo na Bíblia (Antigo Testamento) foi perpetrada a discriminação aos deficientes físicos, observe-se o livro do Levítico que trata exclusivamente dos deveres sacerdotais e da legislação cerimonial, assim Moisés proclamou aos Israelitas (Lev. 21, 21-23):

Todo o homem da estirpe do sacerdote Arão, que tiver qualquer deformidade (*corporal*), não se aproximará a oferecer hóstias ao Senhor, nem pães ao seu Deus; comerá, todavia, dos pães que se oferecem no santuário, contanto, porém, que não entre do véu para dentro, nem chegue ao altar, porque tem defeito, e não deve contaminar o meu santuário²².

A discriminação sofrida pelos portadores de deficiência, conforme se depreende tem origem remota, nesse aspecto se assemelha à discriminação sofrida pelas mulheres, destarte, ambas as discriminações são fruto de longa tradição histórico-cultural.

Nas lições de Renata Malta Villas-Bôas somente com o advento da 2ª Guerra Mundial, no qual centenas de homens restaram mutilados, a visão sobre os deficientes passou a ser modificada, sendo encarada, pois como sinal de bravura e heroísmo²³.

Cabe ressaltar que em 9 de dezembro de 1975 foi aprovada pela Assembléia Geral das Nações Unidas a “Declaração dos Direitos dos Deficientes”, que enuncia no art. 1º:

O termo “pessoas deficientes” refere-se a qualquer incapaz de assegurar por si mesma, total ou parcialmente, as necessidades de uma vida individual ou social normal, em decorrência de uma deficiência, congênita ou não, em suas capacidades físicas ou mentais.

Anteriormente a promulgação da Constituição de 1988 foi sancionada e publicada a Lei 7.405/85, responsável por tornar obrigatória a colocação do “Símbolo Internacional de Acesso” em todos os locais e serviços que permitam sua utilização por pessoas portadoras de deficiência.

Conforme mencionado alhures a Constituição de 1988, denominada de Constituição Cidadã, sobretudo pelo rol de garantias fundamentais, consagrou no ordenamento jurídico pátrio o princípio da igualdade, nessa senda dispensou especial proteção aos portadores de deficiência.

Insta destacar, desse modo, o art. 37, VIII, que prevê reserva de vagas em cargos e empregos públicos na Administração Pública para pessoas portadoras de deficiência, devendo a lei definir o percentual, bem como os critérios de sua admissão.

Diversos artigos constitucionais asseguram direitos aos portadores de deficiência, nessa esteira:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

A REVISTA DA UNICORP

XXXI - proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência;

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência;

Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

XIV - proteção e integração social das pessoas portadoras de deficiência;

Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:

IV - a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária;

V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:

III - atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino;

Art. 227, § 2º - A lei disporá sobre normas de construção dos logradouros e dos edifícios de uso público e de fabricação de veículos de transporte coletivo, a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência.

Não há dúvida que o legislador de 1988 conferiu especial proteção aos portadores de deficiência, porquanto há intensa discriminação nos diversos setores sociais contra estas pessoas, principalmente no ambiente laboral.

Desta maneira, além de políticas afirmativas que visassem inserir os portadores de deficiência na sociedade, houve a necessidade de assegurar constitucionalmente, assim como por leis ordinárias os direitos destes.

Em 1989 a Lei nº 7.853 dispôs sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, sua integração social, sobre a Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência - Corde, institui a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas, disciplina a atuação do Ministério Público, define crimes, e dá outras providências.

No ano de 2000 publicou-se a Lei nº 10.098 que estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida, e dá outras providências, bem como a Lei 10.048 que dá prioridade de atendimento às pessoas que especifica, e outras providências.

Impende mencionar que em 2001 o Brasil promulgou por intermédio do Decreto nº 3.956, a Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação

contra as Pessoas Portadoras de Deficiência, consistindo assim em mais uma importante garantia aos direitos dos portadores de deficiência física.

Aos portadores de deficiência foram asseguradas discriminações positivas, uma vez que o tratamento diferenciado restou inserido em normas, porém, políticas afirmativas são importantes para garantir de forma efetiva a inserção destas pessoas nos setores político, econômico, social, cultural e civil.

8. Ações Afirmativas sob a Ótica do Princípio da Igualdade

O estudo das ações afirmativas é comumente atrelado ao sistema de cotas, diante da grande repercussão social que este último tema provoca, todavia, necessário ampliar o objeto de estudo para tratar de outras perspectivas.

Seguindo este entendimento merece trazer à baila o posicionamento do Ministro Joaquim Barbosa Gomes:

A desinformação fez com que o debate sobre as ações afirmativas tenha se iniciado no Brasil de maneira equivocada. Confunde-se ação afirmativa com sistema de cotas, quando, na realidade, as cotas constituem apenas um dos modos de implementação de políticas de ações afirmativas²⁴.

Nesse diapasão, a discussão acerca da violação ou não ao princípio da igualdade ganha espaço, tendo em vista a carência de referencial teórico que tenha por objetivo desatrelar o tema das ações afirmativas ao sistema de cotas.

Assim, no presente trabalho pretende-se estudar estas ações sob a perspectiva do princípio da igualdade, por entender que este viés doutrinário merece maior destaque, porquanto se propõe a estudar o tema com maior profundidade.

A idéia de igualdade é imanente aos seres humanos, não obstante haja o reconhecimento de que os homens nascem desiguais, porém, incumbe ao Estado buscar amenizar as desigualdades sociais implementado a chamada igualdade jurídica, ocorre que a consecução deste objetivo consiste em tarefa árdua.

Nesse contexto a implantação de ações discriminatórias na sociedade causa sempre grande polêmica, destarte, as ações afirmativas não fugiram a esta regra, deste modo existem os que a defendem baseados na idéia de inserção dos grupos discriminados, bem como os que a repudiam, sob o argumento de que tais medidas acirram ainda mais as diferenças.

Atrelado a esta idéia Joseph Barthélemy traduz o seguinte pensamento acerca da igualdade:

O sentimento mais poderoso nas democracias é a igualdade. Passa à frente de todos os outros. É mais fácil privar um povo da sua liberdade que da sua igualdade. Há consolo em ser escravo, quando todos os são. Há resignação mesmo à miséria, uma vez que todo mundo nela esteja²⁵.

Insta observar que a igualdade é princípio basilar do ordenamento jurídico brasileiro, tendo sido garantida constitucionalmente a todos os cidadãos, portanto, perante a lei esta foi assegurada, a questão, contudo, encontra entrave ao se deparar com a realidade brasileira, na qual esta se traduz em objetivo a ser alcançado.

Assegurar a igualdade não é suficiente, imperioso ir além, no sentido de viabilizar a aplicação deste princípio, através da criação de oportunidades que visem à inserção dos grupos discriminados.

A igualdade preconizada no texto constitucional encabeça o art. 5º, no rol dos direitos e garantias fundamentais, sendo expresso da seguinte forma:

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

A doutrina costuma distinguir o citado princípio em igualdade formal e material, assim a igualdade formal tem por referência à lei, como expresso acima pelo texto constitucional, segundo lições de Sidney Madrugá²⁶.

Por outro lado, a igualdade material consoante entendimento de Renata Vilas-Bôas se traduz: “Para o princípio da igualdade material, o qual decorre da necessidade de tratamento prioritário e diferenciado àqueles grupos ou pessoas que são carecedores da igualdade, em razão de circunstâncias específicas”²⁷.

A igualdade material, desse modo, consiste na concretização dos postulados da igualdade preconizada por lei, é aquela que busca promover a real igualdade, materializar os preceitos da norma abstrata.

Dentro desse referencial de igualdade material se insere o tema das ações afirmativas, visto que implantação destas ações tem como substrato jurídico o princípio da igualdade. Sustenta o insigne Min. Joaquim Barbosa:

Além do ideal de concretização da igualdade de oportunidades, figuraria entre os objetivos almejados com as políticas afirmativas o de introduzir transformações de ordem cultural, pedagógica e psicológica, aptas a subtrair do imaginário coletivo a idéia de supremacia e de subordinação de uma raça em relação à outra, do homem em relação à mulher²⁸.

Convém ressaltar que as ações afirmativas, muito embora, sejam constantemente chamadas de discriminações positivas, com elas não se confundem, já que estas visam inserir na norma tratamento diferenciado, diferentemente das ações afirmativas que buscam na prática promover esta distinção, conforme visto anteriormente.

As ações afirmativas constituem uma política social temporária, promovidas tanto pelas entidades públicas, bem como por entidades privadas, cujo objetivo se traduz na busca da integração de determinados grupos à sociedade²⁹.

A utilização de ações afirmativas deve perdurar até que os seus objetivos sejam atingidos, assim justifica-se o caráter temporário destas políticas, haja vista que a protelação desnecessária enseja violação ao princípio da igualdade.

No que tange a implantação de ações afirmativas, mister ressaltar que não somente os entes estatais possuem possibilidade de promovê-las, já que pode se verificar ações afirmativas de iniciativa dos organismos privados.

Outrossim, merece elucidar o Projeto Geração XXI de iniciativa do Bank Boston, a ONG Geledés, o Instituto da Mulher Negra e a Fundação Cultural Palmares, com apoio da UNESCO, visando à educação de jovens negros até o fim do ensino superior³⁰.

A adoção de ações afirmativas pode ser traduzida através da famigerada máxima aristotélica na qual: “devemos tratar os iguais igualmente e desigualmente os desiguais na medida de suas desigualdades”, daí a necessidade de criação de mecanismos diferenciadores para determinados grupos sociais.

Quando se imprime critério diferenciador na sociedade para categorias discriminadas o escopo é a consecução dos pilares do princípio da igualdade e não a sua violação, contudo, ao excluir pessoas que deveriam receber o tratamento diferenciado ou mesmo incluir àqueles que dele não necessitam, nestas situações estar-se-ia violando o princípio da igualdade.

Igualmente, malgrado as ações afirmativas objetivem a promoção da igualdade em seu sentido material, existem requisitos a serem observados, nessa esteira a não observância a qualquer deles enseja uma violação ao princípio da igualdade.

Nesse sentido, enuncia Renata Malta Vilas-Bôas os seguintes requisitos de observância obrigatória:

- a) a norma criada não venha a atingir a um só indivíduo, ou seja, esteja em consonância com os princípios da generalidade e abstração da norma jurídica;
- b) realmente exista nas pessoas, coisas ou situações diferenciais existentes e a distinção que foi estabelecida;
- c) há uma correlação lógica entre os fatores diferenciais existentes e a distinção que foi estabelecida;
- d) esta distinção estabelecida precisa ter um valor positivo, dentro do estabelecido pelo nosso ordenamento jurídico, através da Constituição Federal³¹;

No que tange ao requisito da letra “a”, vale ressaltar que a criação de uma norma com teor de tratamento diferenciado consiste na chamada discriminação positiva, deste modo a norma não deve ser destinada a indivíduos específicos, mas a determinadas categorias ou grupos sociais discriminados.

É preciso notar também que a adoção de ações afirmativas deve ter por base critérios reais de diferenciação, de igual forma devem tais critérios se coadunar às medidas adotadas, sob pena de configurar violação ao preceito constitucional da igualdade.

A teor disto, uma das faces do princípio da igualdade se traduz na proibição do arbítrio, nesse desíderato a elaboração de normas não podem violar preceitos constitucionais, de modo que não é permitido para situações desiguais tratamento igualitário, assim como para situações iguais tratamento desigual³².

Decerto que o legislador tem sua discricionariedade e utiliza de critérios valorativos na criação de determinadas normas, ocorre que é vedado agir com arbitrariedade, para tanto a aprovação de uma norma perpassa pelo crivo de Comissões especializadas, no Senado e na Câmara dos Deputados, com o fito de vedar os arbítrios.

O Judiciário também pode exercer este controle quando da observância de determinadas normas, dessarte, sua apreciação cinge-se a verificação de constitucionalidade, quanto à discricionariedade do legislador este não poderá intervir³³.

É preciso observar que embora a Constituição Federal no art. 3º, inciso IV, enuncie como um dos objetivos da República Federativa do Brasil promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, tal preceito não consiste em entrave à adoção de ações afirmativas.

A determinação constante neste artigo propõe uma ação negativa, qual seja a de não

promover discriminação, todavia, constatou-se que este simples preceito não é capaz de impedir quaisquer tipos de tratamento discriminatório, pois que era preciso criar ações de caráter positivo.

Nesse desiderato, a simples formalização da vedação de tratamento discriminatório não se mostrou suficiente para amenizar as disparidades sociais, razão pela qual as ações afirmativas têm assumido este mister, tendo em vista que seu papel maior é a promoção da igualdade material ou de resultados.

9. Considerações Finais

O princípio da igualdade constitui garantia fundamental, estendendo-se a todos os cidadãos brasileiros e estrangeiros residentes no país, a igualdade então preconizada no texto constitucional se enquadra na distinção feita pelos doutrinadores entre igualdade formal e material.

Nesse sentido, a CF/88 buscou assegurar a todos os cidadãos a igualdade formal, ou seja, conferir a todos a igualdade perante a lei, entretanto, a igualdade material é aquela que busca efetivar os postulados da igualdade legal.

Outrossim, o princípio da igualdade não consiste apenas na vedação de tratamento discriminatório, já que se assim o fosse não atenderia ao objetivo preconizado no texto constitucional.

Dentro dessa perspectiva, a igualdade plena é aquela que possui ambos os aspectos, tanto o formal quanto o material, deste modo as ações afirmativas tem por objetivo concretizar a igualdade material, já que promove distinções de tratamento a determinados grupos sociais considerados desiguais socialmente.

Destarte, as ações afirmativas consistem na máxima aristotélica de que devemos tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata medida das suas desigualdades.

A própria Constituição Federal, não obstante pregar a igualdade a todos perante a lei confere, por vezes, tratamento diferenciado, a fim de garantir o acesso de determinados grupos no âmbito social, a citar os portadores de deficiência, idosos e mulheres.

Garantir a igualdade jurídica não é assaz para impedir a discriminação na sociedade, trata-se apenas do primeiro passo para efetivação da isonomia, imperioso que haja cada vez mais a promoção de políticas públicas e privadas, com o fito de inserir categorias discriminadas.

De igual forma, tais políticas positivas devem ser coadunadas a realidade social brasileira, portanto, não basta ao Brasil importar o modelo estadunidense de ações afirmativas, já que são países com antecedentes históricos bem distintos.

Arraigado nesse contexto, perfilhamos do entendimento de que as ações afirmativas podem ser traduzidas como importante veículo condutor para a consecução dos postulados da igualdade.

Por outro lado, premente ressaltar que as ações afirmativas não constituem em solução para as mazelas sociais, tendo em vista o seu caráter transitório, temporário, vale ratificar que são importantes instrumentos de efetivação da igualdade, no entanto, somente quando a sociedade modificar seu modo de agir e pensar perante as minorias é que o preconceito será extinto.

Referências

ANDREWS, George Reid. Ação afirmativa: um Modelo para o Brasil? In: SOUZA, Jessé. (Org). *Multiculturalismo e Racismo. Uma comparação Brasil- Estados Unidos*. Brasília: Paralelo15, p.137-144.

ENTRE ASPAS

BELLINTANI, Leila Pinheiro. *Ação Afirmativa e os Princípios do Direito: A questão das quotas raciais para ingresso no Ensino Superior no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2006. *Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher*. Disponível em: <http://www.ipas.org.br/thamas/convecaodis.html>. Acesso em: 10 dez. 2009.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *O Direito à Diferença: as ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e pessoas portadores de deficiência*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. Disponível em: <http://www.fflch.usp.br/dlo/cej/gpd/mulher.html>. Acesso em: 10 jan.2010.

DALLASTA, Viviane Ceolin. *A situação das pessoas portadoras de deficiência física. Cotejo entre os instrumentos teóricos existentes e as limitações impostas por uma infra-estrutura urbana inadequada e excludente*. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1108, 14 jul. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8632>>. Acesso em: 07 fev. 2010.

GOMES, Joaquim Barbosa. *Ação Afirmativa & Princípio Constitucional da Igualdade*. Rio de Janeiro e São Paulo: 1a Edição, 2001.

HOFFMANN, Rodolfo; LEONE, Eugênia Troncoso. *Participação da mulher no mercado de trabalho e desigualdade da renda domiciliar per capita no Brasil: 1981-2002*. Disponível em: <http://www.face.ufmg.br/novaeconomia/sumarios/v14n2/140202.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2010.

KAUFMANN, Roberta Fragoso Menezes. *Ações afirmativas à brasileira: necessidade ou mito? Uma análise histórico-jurídico-comparativa do negro nos Estados Unidos da América e no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3ª ed. 7ª Tiragem. São Paulo: Malheiros., 2000.

MELO, Mônica de. O Princípio da Igualdade à Luz das Ações Afirmativas: O Enfoque da Discriminação Positiva. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, ano 6, n.25, p. 79-100, out/dez., 1998.

MENDES, GONET et COELHO. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

MENEZES, Paulo Lucena de. *A Ação Afirmativa (Affirmative Action) no Direito Norte-Americano*. São Paulo: Revista dos Tribunais.

MENEZES, Roberta Fragoso de Medeiros. As Ações Afirmativas no Direito Brasileiro. In: *Estudos de Direito Público. Direitos Fundamentais e Estado Democrático de Direito*. Porto Alegre: Síntese.

MOTTA, Sylvio. *A hierarquia legal dos tratados internacionais*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2009-set-18/convencao-direitos-pessoas-deficiencia-status-ec>. Acesso em: 12 dez.2009.

NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 2 ed. São Paulo: Método, 2008.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. Ação Afirmativa – O conteúdo Democrático do Princípio da Igualdade Jurídica. *Revista de Informação legislativa*, Brasília, n.33, p.283-297, jul/set, 1996.

SILVA, Sidney Pessoa Madruga da. *Discriminação Positiva: Ações Afirmativas na Realidade Brasileira*. Brasília:

Brasília Jurídica, 2005.

SILVA, José Afonso, *Curso de Direito Constitucional Positivo*. ed. 18. São Paulo: Malheiros, 2000.

Sistema de cotas para negros amplia debate sobre racismo. Disponível em: <http://www.comciencia.br/reportagens/negros/06.shtml>. Acesso em: 02 jan. 2010.

SOWELL, Thomas. *A Ação Afirmativa ao redor do mundo: um estudo empírico*. Tradução de Joubert de Oliveira Brízida. Rio de Janeiro: UniverCidade.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A Proteção Internacional dos Direitos Humanos e o Brasil*. 2a Ed. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 2000.

VILAS-BÔAS, Renata Malta. *Ações afirmativas: e o princípio da igualdade*. Rio de Janeiro: América, 2003.

Notas

¹ KAUFMANN, Roberta Fragoso Menezes. *Ações afirmativas à brasileira: necessidade ou mito? Uma análise histórico-jurídico-comparativa do negro nos Estados Unidos da América e no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.p.211.

² Idem.Ibidem.p.208.

³ KAUFMANN.Op.cit.p.170.

⁴ Idem.Ibidem.p.175.

⁵ KAUFMANN.Op.cit.p.221-225.

⁶ Idem.ibidem.p.225.

⁷ GOMES, Joaquim Barbosa apud BELLINTANI.Op.cit.p.47.

⁸ ROCHA, Carmem Lúcia Antunes apud BELLINTANI, Leila Pinheiro. *Ação Afirmativa e os Princípios do Direito: A questão das quotas raciais para ingresso no Ensino Superior no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2006. p.47.

⁹ BELLINTANI.Op.cit.p.54.

¹⁰ *Sistema de cotas para negros amplia debate sobre racismo*. Disponível em: <http://www.comciencia.br/reportagens/negros/06.shtml>. Acesso em: 02 jan. 2010.

¹¹ KAUFMANN.Op.cit.p.227.

¹² ROCHA, Carmem Lúcia Antunes apud BELLINTANI. Op.cit.p.250.

¹³ BELLINTANI. Op.cit.p.253.

¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 186 MC / DF - DISTRITO FEDERAL. Democratas-Dem e Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão da Universidade de Brasília e Outros. Relator: Min. Ricardo Lewandowski.31 de julho de 2009. In: *Diário da Justiça da União*, Brasília, 07 ag.2009.

¹⁵ *Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher*. Disponível em: <http://www.ipas.org.br/rhamas/convecaodis.html>. Acesso em: 10 dez. 2009.

¹⁶ MOTTA, Sylvio. *A hierarquia legal dos tratados internacionais*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2009-set-18/convencao-direitos-pessoas-deficiencia-status-ec>. Acesso em: 12 dez.2009.

¹⁷ GOMES, Luís Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Tratados internacionais: valor legal, supralegal, constitucional ou supraconstitucional?*. Revista de Direito. Vol. XII, nº 15, ano 2009.

¹⁸ Disponível em: <http://www.fflch.usp.br/dlo/cej/gpd/mulher.html>. Acesso em: 10 jan.2010.

¹⁹ HOFFMANN, Rodolfo; Leone, Eugênia Troncoso. *Participação da mulher no mercado de trabalho e desigualdade*

da renda domiciliar per capita no Brasil: 1981-2002. Disponível em: <http://www.face.ufmg.br/novaeconomia/sumarios/v14n2/140202.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2010.

²⁰ VILAS-BÔAS, Renata Malta. Ações afirmativas: e o princípio da igualdade. Rio de Janeiro: América, 2003.p.70.

²¹ VILAS-BÔAS, Op.cit.p.75.

²² DALLASTA, Viviane Ceolin. A situação das pessoas portadoras de deficiência física. Cotejo entre os instrumentos teóricos existentes e as limitações impostas por uma infra-estrutura urbana inadequada e excludente. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1108, 14 jul. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8632>>. Acesso em: 07 fev. 2010.

²³ VILLAS-BÔAS. Op.cit.p.75.

²⁴ GOMES, Joaquim Barbosa. Ação Afirmativa & Princípio Constitucional da Igualdade. Rio de Janeiro e São Paulo: 1ª Edição, 2001.p.40.

²⁵ BARTHÉMLEMY, Joseph apud VILAS-BÔAS. Op. cit.p.01.

²⁶ SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas da. Apud SILVA, Sidney Pessoa Madruga da. Discriminação Positiva: Ações Afirmativas na Realidade Brasileira. Brasília: Brasília Jurídica, 2005.p.32.

²⁷ VILAS-BÔAS. Op.cit.p.21.

²⁸ GOMES.Op.cit.p.30

²⁹ KAUFMANN.Op.cit.p.220.

³⁰ SILVA.Op.cit.61.

³¹ VILLAS-BÔAS.Op.cit.p.29.

³² BELLINTANI.Op.cit.p.35.

³³ Idem.ibidem. p.36.

A TUTELA JURÍDICA DO NASCITURO E OS ALIMENTOS GRAVÍDICOS: A VIDA POR UM DIREITO DE NASCER

Icaro Almeida Matos

Graduado em Direito pela Universidade Católica do Salvador – UCSAL.
Especialista em Gestão Pública e Empresarial pela Faculdade Baiana de Ciências – FABAC. Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. e-mail: imatos@tj.ba.gov.br.

Resumo: O presente trabalho visa contribuir para o estudo da tutela jurídica do nascituro (ente já concebido, mas ainda não nascido), em especial, encarando os alimentos gravídicos como forma de garantir o direito à vida, maior bem jurídico do homem e base para a tutela dos demais bens jurídicos. Parte-se da premissa que é necessário reconhecer a paridade entre nascituro e o já nascido, não por mera ficção do direito, mas por uma questão de interpretação teleológica da norma, enxergando-o já como pessoa humana e consagrando a teoria concepcionista como a mais consentânea com o viés do direito civil constitucional.

Palavras-Chave: nascituro; pessoa; teoria; concepcionista; direito; vida; alimentos; gravidez.

1. Introdução

Durante muito tempo, o Direito Civil brasileiro foi regido por uma doutrina individualista e voluntarista, que focava, essencialmente, o interesse patrimonial em detrimento da pessoa. Assim, o Código Civil de Beviláqua, que vigeu até janeiro de 2003, em que pese o brilhantismo do texto para a época em que foi editado, não mais se adequava à realidade social deste século.

Neste contexto, o Brasil vivenciou uma verdadeira migração dos princípios gerais e regramentos típicos do direito privado para o texto constitucional, tendo a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 assumido verdadeiro papel de reunificador do sistema.

Daí porque, na atualidade, muito se tem falado no fenômeno da constitucionalização do direito privado, ou, sob outro ângulo, no direito civil constitucional, já que a Lei Maior passou a demarcar limites para a autonomia privada, em especial, tratando sobre o direito de propriedade e sobre o controle de bens.

Passou a Carta Magna a dar especial atenção e proteção, também, e dentre outras regras atinentes às instituições privadas, aos núcleos familiares, influenciando a promulgação de uma nova codificação preocupada com esses valores: o Código Civil de 2002.

O (novo) Código, solidarista, passou a ter como centro de preocupação a pessoa, moldado que foi pelas diretrizes da Constituição Federal de 1988. E, sob esta visão, apresenta, sem dúvida alguma, uma nova tábua axiomática informadora dos princípios basilares do direito

privado moderno. Dentro dessa linha de supervalorização da pessoa humana como decorrência da supremacia dos direitos fundamentais, significativas mudanças vêm ocorrendo no ordenamento jurídico, em especial, no direito de família, objeto de estudo do presente trabalho.

Como todo ramo do direito privado, o direito das famílias, modernamente, deve ser analisado sob o prisma da Constituição Federal. Saliente-se que não se trata apenas de estudar os institutos do direito de família que estão previstos na Carta Política, mas sim, de analisar a Constituição Federal em confronto com a legislação infraconstitucional e vice-versa, respeitando, acima de tudo, as normas fundamentais que protegem a vida e a pessoa.

É nesse cenário que Lei nº 11.804, de 06 de novembro de 2008, que instituiu os chamados alimentos gravídicos, ganha especial importância (BRASIL, Lei nº 11.804/08). Ainda que inquestionável a responsabilidade parental desde a concepção, a lacuna legislativa neste país de apego ao positivismo sempre gerou dificuldade para a concessão de alimentos para os seres ainda não nascidos. Muitos operadores do direito não tinham boa vontade com a tese, haja vista que a Lei de Alimentos (Lei nº 5.478/68) exige a prova do parentesco ou da obrigação.

Entretanto, o presente trabalho científico visa alertar que em uma análise minudente do ordenamento jurídico brasileiro, em verdade, constata-se que há muito já estava consagrado, com supedâneo na Constituição Federal, o direito de nascer. A Lei de Alimentos Gravídicos, portanto, vem reafirmar a necessidade de se enxergar o nascituro como ser humano em formação, disto decorrendo a garantia do direito constitucional à vida.

Destarte, a intenção deste trabalho é fazer ecoar na comunidade jurídica a importância do tema, sem a menor pretensão, obviamente, de esgotar a discussão sobre o assunto. Sendo assim, pontos relevantes do estudo foram didaticamente identificados para uma melhor compreensão.

Primeiramente, é mister destacar o direito à vida como maior bem juridicamente tutelado, e, neste contexto, reconhecer ao nascituro esta garantia fundamental, fazendo alusão ao texto constitucional e aos regramentos infraconstitucionais aplicáveis à espécie, em especial, o Código Civil, a Consolidação das Leis Trabalhistas, o Código Penal e ao Estatuto da Criança e do Adolescente, até chegar à novel legislação sobre alimentos gravídicos.

Em seguida, visa este texto científico correlacionar o nascimento sadio com os princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, abordando a importância da fixação dos alimentos gravídicos como meio de garantir uma gestação regular e o nascimento sem intercorrências. Portanto, imprescindível a clássica diferenciação entre os institutos jurídicos pessoa e nascituro, bem como a abordagem sobre a aquisição da personalidade jurídica, perpassando pela análise, ainda que superficial, das teorias natalista, concepcionista e da personalidade condicional.

Por fim, destaca-se a questão da legitimidade para propor a ação de alimentos gravídicos, buscando a melhor exegese do texto da Lei nº 11.804/2008, por meio de uma interpretação teleológica, a fim de identificar o real beneficiário dos alimentos fixados durante a gestação.

2. A Importância da Constituição Federal como Vetor Normativo e a Constitucionalização do Direito Civil

Sob a ótica do ordenamento jurídico brasileiro, a Constituição Federal de 1988 constitui a lei fundamental do país, sendo o instrumento adequado para o alcance dos objetivos de proteção e promoção dos indivíduos.

Conceitualmente, destaca-se (DALLARI, 1986, p. 14) ao afirmar sobre a Constituição Federal:

É necessário um instrumento político-jurídico superior, que declare os direitos fundamentais de todos os indivíduos e que, ao mesmo tempo, estabeleça as regras de organização social e as limitações ao uso dos poderes político e econômico, impedindo que a sociedade se componha de dominantes e dominados.

Portanto, a Carta Magna representa a lei suprema do país, inspiradora das demais normas infraconstitucionais, justamente pelas dimensões fundamentais que ela incorpora, determinando, na visão de (CANOTILHO, 1997, p. 46), “a ordenação sistêmica e racional da comunidade política através de um documento escrito no qual se declaram as liberdades e os direitos e se fixam os limites do poder público”.

É também da Lei Fundamental que são extraídos os princípios norteadores do ordenamento jurídico brasileiro que vão orientar a aplicação do Direito aos casos concretos. Neste sentido, Ávila (2009, p. 97), leciona:

As normas atuam sobre as outras normas do mesmo sistema jurídico, especialmente definindo-lhes o seu sentido e o seu valor. Os princípios, por serem normas imediatamente finalísticas, estabelecem um estado ideal de coisas a ser buscado, que diz respeito a outras normas do mesmo sistema, notadamente das regras. Sendo assim, os princípios são normas importantes para a compreensão do sentido das regras.

O homem é um ser eminentemente gregário, que vive em busca de constante evolução. Daí dizer-se que as condições da vida em sociedade e as necessidades humanas se modificam velozmente, fazendo com que os fatores reais de poder careçam de ajustamento em virtude da realidade social cambiante.

Nas sábias lições de Passos (1999, p. 3), “a vida social pede instituições que inviabilizem ao máximo resultados negativos”, servindo o Direito, justamente, para ordenar a convivência em sociedade, e, em última análise, a decisão de conflitos de interesses.

Neste contexto, o Direito também sofre constantes reformas. Com efeito, se a ciência jurídica não se adequasse aos fins a que se propõe, evoluindo em compasso com a vida social, obviamente que frustrada restaria essa forma civilizada de composição dos litígios e de assecuração dos direitos.

Desta forma, a Constituição Federal de 1988 teve importante papel na reestruturação do direito civil, tendo em vista que passou a tratar de diversas instituições atinentes ao direito privado, em vista da erosão sofrida por este ramo do direito ao longo dos tempos. Contribuiu, inclusive, de forma efetiva, para a ruptura da velha dicotomia entre direito público e direito privado antes existente na doutrina pátria, cedendo espaço para uma ideia de convergência e interação entre esses ramos da ciência jurídica, difundindo o intitulado fenômeno da constitucionalização do direito civil.

Com efeito, o Código Civil de 1916 estava em descompasso com a realidade social que, em contínua evolução e transformação, já vivia sob a égide de novos valores e necessidades. Já não havia mais espaço para uma postura individualista e de patrimonialização das relações civis, em um flagrante excesso de formalismo que privilegiava o ter em detrimento do ser,

perdendo o Código de Beviláqua a autossuficiência que consagrou as codificações do último século.

Inúmeras leis esparsas e microssistemas normativos, a exemplo do Estatuto da Criança e do Adolescente e do Código de Defesa do Consumidor, foram surgindo com uma linguagem mais palatável, a fim de compatibilizar as relações civis com os valores adotados pela Constituição Federal de 1988, fundados na socialidade e na dignidade da pessoa humana.

É nesse cenário que se destaca a importância do texto constitucional como vetor normativo para as leis a ele posteriores, marcando a Carta Magna, inquestionavelmente, o nascimento da ideologia do Estado Social no Brasil e “o início da ruptura dos paradigmas sobre os quais o pensamento pátrio foi construído” (EHRHARDT JUNIOR, 2009, p. 99).

Atualmente, portanto, vivencia-se a era do estudo do direito civil constitucional, que nada mais é do que o reconhecimento da irradiação dos efeitos das normas e dos princípios constitucionais a este ramo do direito, com a preocupação voltada à recondução do ser humano aos seus valores inatos (FACHIN, 2001).

Desta forma, a redução da pessoa à condição de sujeito da relação jurídica (coisificação) vem sendo reformulada, especialmente depois do reconhecimento do princípio da dignidade da pessoa humana como valor-fonte, instaurador de uma nova perspectiva para as relações intersubjetivas.

A este processo de valorização do indivíduo, pautado em sua dignidade, FACHIN (2001, p. 190) denomina repersonalização das relações civis, afirmando que a dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos da República, “princípio estruturante, constitutivo e indicativo das idéias diretivas básicas de toda a ordem constitucional”, que funciona como “leme a todo o ordenamento jurídico nacional compondo-lhe o sentido e fulminando de inconstitucionalidade todo preceito que com ele conflitar.”

De fato, o Código Civil de 2002 pauta-se nos princípios: da eticidade, visando a conformação de toda e qualquer relação civil com os valores éticos, a fim de fomentar a confiança entre os envolvidos; da socialidade, primando pela solidariedade e justiça social; da operabilidade, constituindo-se em um sistema lastreado em cláusulas gerais, que amplia o poder do magistrado, permitindo a solução de novos problemas que surgem diuturnamente no meio social.

Tudo isso somente enfatiza que o direito civil moderno tem como centro de preocupação a pessoa, e, como objetivo, uma justiça distributiva, em franca inspiração na Teoria Tridimensional do Direito, de Miguel Reale.

A este respeito, Ehrhardt Jr. (2009, p.102) ensina que:

A perspectiva culturalista de Miguel Reale nos permite vislumbrar o fenômeno jurídico sob a óptica do aplicador do direito, ressaltando a importância do meio em que as decisões são prolatadas porquanto influenciadas pela cultura, experiência e história dos envolvidos e da própria sociedade.

Mas não é só. Com a intenção ainda de fazer ecoar as garantias fundamentais insculpidas na Lei Maior, algumas leis extravagantes surgiram, a exemplo da Lei dos Alimentos Gravídicos, objeto do presente estudo, tendo como pilares a necessidade de garantia do bem maior (vida) e a promoção da dignidade da pessoa humana enquanto fundamento da República (art. 1º, inciso III, da CF/88).

É sob este aspecto que deve ser interpretada a Lei nº 11.804/2008: como uma legislação ordinária subordinada a um corpo normativo superior (BRASIL. Constituição (1988), que,

consagrando valores essenciais, deve ter especial atenção por parte dos operadores do direito.

Sua interpretação não pode ser açodada, literal, mas teleológica, buscando os fins sociais a que ela se destina, nos termos do art. 5º, da Lei de Introdução ao Código Civil (LICC). Nas sábias palavras de Gagliano e Pamplona Filho (2002, p.69):

A interpretação judicial, sempre com fundamento no já mencionado dispositivo, busca também atualizar o entendimento da lei, dando-lhe uma interpretação atual que atenda aos reclamos das necessidades do momento histórico em que está sendo aplicada.

Em resumo, se é na Constituição Federal de 1988 que se encontram hoje definidos os valores e os princípios basilares dos mais importantes institutos do direito privado (a família, a propriedade, o contrato, dentre outros), é inquestionável a sua

importância como vetor normativo. E, nesta senda, a lei de alimentos gravídicos visa, em última análise, consagrar o respeito ao núcleo essencial de direitos, liberdades e garantias, previstos na Constituição Federal, que não pode, em hipótese alguma, ser violado.

3. A Clássica Distinção entre Pessoa, Nascituro e Prole Eventual

O *caput* do art. 5º, da CF/88 estabelece a igualdade de todos perante a lei, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, sendo certo que a norma infraconstitucional veda a prática de abortamento, tipificando o aborto como crime (art. 124 a 127 do Código Penal), salvo nas hipóteses das excludentes previstas no art. 128, do mesmo diploma legal (aborto necessário ou terapêutico, quando não há outro meio de salvar a vida da gestante; aborto no caso de gravidez decorrente de estupro), ou, ainda (com base em ensinamentos doutrinários e entendimentos jurisprudenciais) a interrupção de gravidez de feto anencefálico.

Da análise do Texto Constitucional fica bastante evidenciado que o Constituinte foi de boa técnica legislativa ao incluir o direito à vida no rol dos direitos e garantias fundamentais, listando-o como primeiro bem jurídico merecedor de tutela por parte do Direito. Com efeito, a vida é, sem dúvida, o maior bem juridicamente tutelado por uma razão óbvia: se a vida não for preservada, de nada adianta assegurar os demais direitos, pela falta de titular.

Neste sentido, Elíos (2009, p. 11) enfatiza que a relevância que se coloca à discussão é saber se o direito à vida deve ser garantido ou não aos não nascidos. Tocando neste ponto, imperioso fazer alusão à clássica distinção entre três institutos jurídicos diversos, a fim de melhor estabelecer as diretrizes do presente trabalho: a pessoa natural, o nascituro e a prole eventual.

A pessoa física ou natural seria aquele (ser humano) que nasce com vida (art. 2º, do CC/2002), passando a ser sujeito e destinatário de direitos e obrigações no mundo civil. O surgimento da pessoa física ou natural, portanto, dar-se-ia com o nascimento com vida, vale dizer, com o funcionamento do aparelho cardiorrespiratório.

Desta forma, o ato de respirar marcaria o início da pessoa natural, fazendo com que, mesmo vindo a falecer segundos após, tenha surgido para o direito, situação facilmente detectável pelo exame de docimasia hidrostática de Galeno, a fim de dissipar eventual dúvida.

Por sua vez, como leciona Lotufo (2003, p. 13), “o vocábulo nasciturus significa que está por nascer, que deverá nascer.” Seria o ente concebido e nidado, ou seja, a origem da vida

humana, após a fusão dos gametas (com a união do óvulo ao espermatozóide), formação do zigoto ou embrião, que se prende e se desenvolve nas paredes do útero materno.

Por fim, prole eventual seria um instituto criado pelo direito, consistente na possibilidade de se testar em favor de filho ainda não concebido (art. 1799, inciso I, do CC/2002) e este ser chamado a suceder, como esclarece Ehrhardt Jr. (2009, p. 125), “se for concebido em até dois anos contados da morte do testador”.

No caso de prole eventual (ou concepturo), portanto, não há sequer concepção. Atualmente, após avanço da genética, tem-se a discussão acerca da aplicabilidade ou não da norma relativa à prole eventual aos embriões mantidos em laboratórios, frutos de reproduções assistidas. Nestes casos, apesar de concebidos artificialmente, ainda não estariam nidados, não sendo, tecnicamente, nem nascituro nem prole eventual, havendo posições doutrinárias sobre a possibilidade de aplicação do art. 1799, I, do CC/2002 por analogia.

Discussões essas à parte, volta-se ao que interessa para o presente estudo: o direito à vida é restrito aos seres já nascidos ou deve ser estendido ao nascituro? Ou ainda: o nascituro já pode ser considerado pessoa?

3.1. As Teorias sobre o Surgimento da Pessoa Humana

Para tentar uma resposta ao questionamento proposto, deve-se partir da análise das teorias que buscam explicar a origem da pessoa humana para o direito, e, por conseguinte, a natureza jurídica do nascituro.

Como já assinalado, a doutrina clássica não considera o nascituro como pessoa-indivíduo, uma vez que entende imprescindível, para a obtenção do status de pessoa, o nascimento com vida.

Tal situação, entretanto, gera uma série de judiciosas discussões, haja vista que o Código Civil de 2002, no mesmo dispositivo legal (art. 2º), resguarda os direitos do não nascido, reacendendo antiga controvérsia do direito de família pátrio: saber qual a teoria adotada pelo sistema brasileiro, no tocante ao surgimento da pessoa humana (teoria natalista, concepcionista ou da personalidade condicional).

Para os defensores da teoria natalista, ao nascituro não se deve atribuir a existência de personalidade, apesar de lhe ser permitido o exercício de atos destinados à salvaguarda de direitos. Em posição que o inclui como adepto da teoria natalista, Fiuza (2003, p. 110) enfatiza que a personalidade das pessoas naturais ou físicas começa no momento em que nascem com vida, permanecendo por toda a sua existência, afirmando que “todo ser humano é pessoa, do momento em que nasce, até o momento em que morre”. Trata-se da mesma linha de pensamento de Agostinho Alvim em sua época, sintetizada - pelo novamente citado Lotufo (2003, p. 13) - da seguinte forma: “com o nascimento o ser humano entra para o mundo jurídico como elemento de suporte fático, em que o nascer é o núcleo”.

Em suma, a teoria natalista afirma que o não nascido não tem personalidade jurídica, e, não sendo pessoa, possui em regra expectativa de direitos. Nascendo com vida é que adquirirá personalidade jurídica, passando a ser titular em plenitude de direitos e deveres, inclusive, os de natureza patrimonial, na forma observada por Pereira (2001, p.79):

O nascituro não é ainda pessoa, não é um ser dotado de personalidade jurídica. Os direitos que se lhe reconhecem permanecem em estado

potencial. Se nasce e adquire personalidade, integram-se na sua trilogia essencial, sujeito, objeto e relação jurídica; mas, se se frustra, o direito não chega a constituir-se, e não há falar, portanto, em reconhecimento de personalidade ao nascituro, nem se admitir que antes do nascimento já é ele sujeito de direito.

Tese diametralmente oposta é a consagrada pela teoria concepcionista, hoje defendida com veemência por novos civilistas, a exemplo de (ALMEIDA, 2000; FARIAS e ROSEVALD, 2008; GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2002).

De influência do direito francês, os adeptos da teoria concepcionista sustentam que o nascituro tem personalidade jurídica desde a concepção, e que esta seria o termo inicial para surgimento da pessoa, uma vez que, a partir de tal momento, uma vida distinta se forma independente organicamente da sua genitora. O nascituro seria, portanto, já uma pessoa que está por nascer, e que, por tal motivo, possui personalidade jurídica desde a concepção.

Com propriedade, Lotufo (2003, p. 13) observa que estudos vêm sendo desenvolvidos pelo professor Pierangelo Catalano, da Universidade de Roma, no sentido de reconhecer a paridade entre nascituro e a pessoa já nascida, não por mera ficção do direito, mas por uma questão de interpretação teleológica da norma.

Por sua vez, Martins-Costa (2002, p. 410-411) leciona que o referencial que se tinha sobre pessoa derivava da época das codificações. Portanto, oriundo de valores de ideais burgueses, relacionados ao capitalismo, sendo, conseqüentemente, concebida e difundida por séculos posteriores a noção de pessoa como mero elemento de relações jurídicas, sob a ótica da superada visão patrimonialista (indivíduo, sujeito capaz de ser titular de direitos, coisificação).

“Em outras palavras, instrumentalizou-se a personalidade humana, reproduziu-se, na sua conceituação, a lógica do mercado, o que conduziu à desvalorização existencial da idéia jurídica de pessoa, para torná-la mero instrumento de técnica do Direito [...]” (MARTINS-COSTA 2002).

Isso explicaria a resistência de parte da doutrina em aceitar o fenômeno da repersonalização do direito como forma, inclusive, de resgate do ser humano. Entretanto, viu-se que o princípio da dignidade da pessoa humana instaurou uma nova ordem constitucional com reflexos em todo o ordenamento jurídico brasileiro, ensejando a intitulada despatrimonialização do direito civil defendida por Perlingieri (2002, p. 33), consistente em uma tendência normativa-cultural marcada pela superação do individualismo e pela superação da patrimonialidade.

As bases da doutrina concepcionista são a Constituição Federal (que assegura o direito à vida enquanto garantia fundamental, cláusula pétrea) e legislações infraconstitucionais, tais como o Código Civil (que salvaguarda direitos ao nascituro), o Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA – art. 7º (que garante a assistência pré-natal, visando o regular e sadio desenvolvimento do feto), e a Consolidação das Leis do Trabalho – CLT – arts. 391 a 395 (que também consagra a proteção do nascituro ao tutelar a estabilidade da empregada gestante).

Nesta senda, Ehrhardt Jr. (2009, p. 119) enfatiza:

Os partidários da corrente concepcionista sustentam que o sistema jurídico brasileiro reconhece diversos direitos ao nascituro, a começar pelo texto

constitucional, que lhe assegura o direito à vida (art. 5º, *caput*), donde decorre o direito à assistência pré-natal e a vedação à prática de abortamento. Também é possível considerar o nascituro beneficiário de estipulação em favor de terceiro (seguro de vida, por exemplo). Além disso, ao nascituro confere-se a capacidade para figurar numa relação processual para reclamar alimentos, buscar o reconhecimento de sua origem genética (mediante investigação de paternidade) e pleitear reparação de danos (decorrente de negligência ou imperícia médica durante o pré-natal ou parto, por exemplo). Não fosse isso o bastante, existe a possibilidade de o nascituro figurar como sujeito passivo de obrigação tributária, como no caso de receber doação, hipótese em que figura como contribuinte do imposto de transmissão *inter vivos*.

Em resumo, a teoria concepcionista defende que o nascituro pode figurar como sujeito de direitos e obrigações, afirmando, inclusive, que este não tem mera expectativa de direitos. Os conceptionistas advogam a tese de que o não nascido é titular de direitos personalíssimos, sem ressalvas, e que, no que tange aos direitos patrimoniais, não se deve restringir a discussão à titularidade destes, mas ampliá-la para os efeitos deles decorrentes e que alcançam o nascituro. Daí porque assevera Almeida (2000, p. 160):

Juridicamente, entram em perplexidade total aqueles que tentam afirmar a impossibilidade de atribuir capacidade ao nascituro ‘por este não ser pessoa’. A legislação de todos os povos civilizados é a primeira a desmenti-la. Não há nação que se preze (até a China) onde não se reconheça a necessidade de proteger os direitos do nascituro (Código chinês, art. 1º). Ora, quem diz direitos, afirma capacidade. Quem afirma capacidade, reconhece personalidade.

Questão interessante é a posição de Teixeira de Freitas a respeito. Como lembrado por Gagliano e Pamplona Filho (2002, p.89), o saudoso civilista “preferia a expressão pessoa de existência visível, acolhida pelo Código Civil da Argentina (arts. 31 e 32), para caracterizar a pessoa natural.” Mais adiante, em nota de rodapé nº 10, esclarecem os autores que Teixeira de Freitas era concepcionista, aliás, citando o texto constante do art. 221, do esboço de código civil por ele rascunhado à época, em que se lê, expressamente, que a existência visível das pessoas começa desde a concepção no ventre materno. Desta forma, a teoria concepcionista afasta a necessidade de sobrevida após parto feminino para configuração da pessoa e, consequentemente, para a aquisição da personalidade jurídica.

A terceira teoria existente no direito brasileiro é a teoria da personalidade condicional. Apesar de não ter o relevo das duas teorias anteriores, os seus defensores entendem que o nascituro tem personalidade jurídica condicionada ao nascimento com vida. Vale dizer, somente se nascer vivo é que a personalidade jurídica retroage ao momento da concepção, apesar de existir um sistema protetivo dos direitos do nascituro.

Neste sentido, Wald (2002, p. 118) sustenta:

O nascituro não é sujeito de direito, embora mereça a proteção legal, tanto no plano civil como no plano criminal. A proteção explica-se, pois há nele

uma personalidade condicional que surge, na sua plenitude, com o nascimento com vida e se extingue no caso de não chegar o feto a viver”.

Para os adeptos da teoria da personalidade condicional, deve-se ter uma nítida divisão entre as espécies de direitos do nascituro juridicamente tutelados. Quanto aos direitos personalíssimos, o nascituro teria assegurada a proteção e o gozo, sendo certo que nunca exercitável por ele diretamente, mas por seu representante legal. No tocante aos demais direitos, em especial, os patrimoniais, somente poderia exercê-los quando se implementasse a condição suspensiva capaz de conferir-lhe personalidade plena (o nascimento com vida).

A doutrina da personalidade condicional, entretanto, encontra posição ferrenha da teoria concepcionista, que alerta para a distinção que se deve fazer, quanto aos direitos patrimoniais, entre os planos de existência, validade e eficácia dos negócios jurídicos. Assim entende ALMEIDA (2000, p.81):

A personalidade do nascituro não é condicional; apenas certos efeitos de certos direitos dependem do nascimento com vida, notadamente os direitos patrimoniais materiais, como a doação e a herança. Nesses casos, o nascimento com vida é elemento do negócio jurídico que diz respeito à sua eficácia total, aperfeiçoando-a.

Das três posições acima mencionadas, entende-se que a mais harmônica com a Constituição Federal é a teoria concepcionista, por respeitar em plenitude o direito fundamental à vida, conforme fundamentação a seguir esposada.

3.2. O Nascituro e o Direito Constitucional à Vida

Recentemente o Supremo Tribunal Federal (STF), em julgamento da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade contra o art. 5º da Lei de Biossegurança (ADI nº 3.510/DF), travou debate sobre as questões aqui examinadas, valendo a transcrição de trechos do voto do relator, o Ministro Carlos Ayres de Britto:

(...) 19. Falo “pessoas físicas ou naturais”, devo explicar, para abranger tão-somente aquelas que sobrevivem ao parto feminino e por isso mesmo contempladas com o atributo a que o art. 2º do Código Civil Brasileiro chama de “personalidade civil” (...) Onde a interpretação de que é preciso vida pós-parto para o ganho de uma personalidade perante o Direito (teoria “natalista”, portanto, em oposição às teorias da “personalidade condicional” e da “concepcionista”). Mas personalidade como predicado ou apanágio de quem é pessoa numa dimensão biográfica, mais que simplesmente biológica (...) Com o que se tem a seguinte e ainda provisória definição jurídica: vida humana já revestida do atributo da personalidade civil é o fenômeno que transcorre entre o nascimento com vida e a morte. (...) 22. Avanço no raciocínio para assentar que essa reserva de personalidade civil ou biográfica para o *nativivo* em nada se contrapõe aos comandos da Constituição. É que a

nossa Magna Carta não diz quando começa a vida humana. Não dispõe sobre nenhuma das formas de vida humana pré-natal. Quando fala de “dignidade da pessoa humana” (inciso III do art. 1º), é da pessoa humana naquele sentido ao mesmo tempo notarial, biográfico, moral e espiritual (o Estado é confessionalmente leigo) (...) E quando se reporta a “direitos da pessoa humana” (...) e até dos direitos e garantias individuais” como cláusula pétrea (inciso IV do parágrafo 4º do art. 60), está falando de direitos e garantias do indivíduo-pessoa. Gente. Alguém. (...) Não estou a ajuizar senão isto: a potencialidade de algo para se tornar pessoa humana já é meritória o bastante para acobertá-lo, infraconstitucionalmente, contra tratativas esdrúxulas, levianas ou frívolas de obstar sua natural continuidade fisiológica. Mas as três realidades não se confundem: o embrião é o embrião, o feto é o feto e a pessoa humana é a pessoa humana. Esta não se antecipa à metamorfose dos outros dois organismos. É o produto final desta metamorfose. Onde não existir pessoa humana embrionária, mas embrião de pessoa humana, passando necessariamente por essa entidade a que chamamos “feto”. (...) 24. Numa primeira síntese, então, é de se concluir que a Constituição Federal não faz de todo e qualquer estágio da vida humana um autonomizado bem jurídico, mas da vida que já é própria de uma concreta pessoa, porque *nativiva* e, nessa condição, dotada de compostura física e natural. (...) a questão não reside exatamente em se determinar o início da vida do *homo sapiens*, mas em saber que aspectos ou momentos dessa vida estão validamente protegidos pelo Direito infraconstitucional e em que medida. (...) direitos para cujo desfrute se faz necessário um vínculo operacional entre a fertilização do óvulo feminino e a virtualidade para avançar na trilha do nascimento. Pois essa aptidão para avançar, concretamente, na trilha do nascimento é que vai corresponder ao conceito legal de “nascituro”.[...]

Para Sua Excelência, a vida daquele que está por vir goza apenas de proteção infraconstitucional (direito de nascer), na condição de sujeito de direito despersonalizado, por derivação da tutela que a Constituição Federal dispensa à pessoa-indivíduo. A posição do Ministro, seguida por maioria dos pares, é que o direito brasileiro adotou a teoria natalista para marco do surgimento da pessoa, e mais, somente o sujeito de direito personificado (nativo) tem a vida enquanto valor assegurado constitucionalmente.

Ao nascituro restaria o reconhecimento, pela legislação infraconstitucional, da expectativa de adquirir o *status* de pessoa, tal como uma semente tem a expectativa de virar uma planta, uma lagarta de se transmutar em crisálida e esta de formar uma borboleta...

Entretanto, a posição ora defendida é completamente diversa, não só pelo fato de perfilhar a teoria concepcionista, mas por entender que uma interpretação harmônica da Lei Fundamental não resulta em outro caminho.

Como bem adverte Perlingieri (2002, p. 11), é imprescindível o reconhecimento da “preeminência das normas constitucionais – e dos valores por ela expressos – em um ordenamento unitário”, no qual a hierarquia das fontes deixa de ser apenas uma certeza formal, passando a consagrar uma lógica substancial, isto é, a necessidade de se respeitar valores relevantes para a sociedade. A esse respeito Cordeiro (2007, p.73) pondera,

Os direitos fundamentais podem ser absorvidos sob a égide de um sentido formal e material. No sentido formal o simples fato da inserção no texto constitucional impõe a consagração formal desses direitos. Materialmente, são considerados fundamentais por representarem os princípios mais relevantes da comunidade.

Desta forma, se no modelo constitucional brasileiro é indiscutível a importância da vida enquanto matriz de todos os demais direitos, é mister que, em respeito a esse direito jusfundamental, haja todo um leque de proteção, começando por reconhecer o nascituro como pessoa humana, não sendo admissível a eleição de critérios diferenciadores de proteção a um mesmo direito (vida) apenas por estar no útero materno ou fora dele.

Basta verificar que a Magna Carta estabelece como um dos fundamentos da República a dignidade da pessoa humana (inciso III, do art. 1º); estabelece a vida como uma das garantias fundamentais (art. 5º); assegura a proteção do trabalho, em especial, proibindo empregadores de promoverem despedidas arbitrárias e criando a estabilidade provisória de gestantes (inciso I, do art. 7º c/c o art. 10, da ADCT).

Toda essa gama de proteção constitucional tem irradiado na atividade legiferante, fazendo com que as normas infraconstitucionais sejam concebidas de acordo com esses valores, coisa que não poderia ser diferente, sob pena de inconstitucionalidade. Daí as disposições protetivas constantes do Código Civil, da Consolidação das Leis do Trabalho, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Tanto é assim que a doutrina e jurisprudência pátrias são sólidas no sentido de proteger os direitos do nascituro, principalmente, tutelando o não nascido como “forma de preservar sua dignidade e propiciar meios para uma vida decente”, observa Simões (2010, p. 4, online).

Neste contexto, julgando o Agravo de Instrumento nº 70024004756, a 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, sob a relatoria do Desembargador Alzir Felipe Schmitz, reconheceu que o nascituro tem direito à vida e à saúde, devendo o Estado garantir os meios necessários à proteção dos referidos bens jurídicos, conforme decisão publicada em 24/04/2008, ementada da seguinte forma:

Agravo de instrumento. Exame médico. Nascituro. Direito à saúde assegurado na Constituição. Considerando que a vida do nascituro é o bem tutelado, que a família não tem condições de arcar com os custos correspondentes ao exame médico necessário e que a saúde é direito de todos e dever do Estado (CF, art. 196 e art. 241 da CE), não merece reforma a decisão que determina a indicação de local para a realização do exame, sob pena de retenção dos valores necessários para tanto. Negado provimento ao recurso, de plano.

Também afirmando o caráter cogente das normas de proteção à maternidade e ao nascituro, o direito trabalhista prevê a estabilidade provisória da empregada gestante, tratando da impossibilidade de despedida sem justa causa em casos que tais, justamente por reconhecerem a necessidade de amparar o direito à vida do não nascido, dando meios materiais à genitora para propiciar o regular desenvolvimento do feto no momento em que a mesma se encontra fragilizada e limitada fisicamente para determinados trabalhos.

Registre-se que o legislador objetivou tutelar o direito do nascituro, ciente de que a

própria gestante poderia desconhecer o seu estado ao ser dispensada, o que reforça ainda mais a tese de que o não nascido goza da mesma proteção constitucional dispensada ao nativo. Com efeito, tanto se garante o emprego da genitora na fase pré-natal, a partir da confirmação da gravidez (tutelando-se, portanto, o nascituro), quanto na fase pós-parto, protegendo-se o recém-nascido nos cinco meses subsequentes ao nascimento, não se fazendo qualquer distinção entre o grau de proteção à vida de um ou de outro.

A Consolidação das Leis do Trabalho – CLT – (art. 391 a 395) está, assim, em perfeita harmonia com os ditames da Lei Maior, sendo certo que a estabilidade da gestante dá efetividade às normas constitucionais que garantem o direito à vida desde a concepção.

Neste sentido, a 6ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho (TST), em recente julgamento do Recurso de Revista nº 167700-24.2004.5.02.0052, publicado em 12/03/2010, sob a relatoria do Ministro Augusto César Leite de Carvalho, assim se posicionou:

ESTABILIDADE - EMPREGADA GESTANTE - DESCONHECIMENTO DO EMPREGADOR - ESTABILIDADE CONDICIONADA A REQUISITO PREVISTO EM INSTRUMENTO COLETIVO. O art. 10, II, alínea - b - do ADCT, é categórico no sentido de que é vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez, até cinco meses após o parto. Infere-se desse dispositivo que o direito à estabilidade tem início com a gravidez da empregada, não exigindo o conhecimento dessa condição pelo empregador. Assim, também não se pode admitir que norma coletiva imponha condições para a aquisição da estabilidade prevista na Carta Maior, haja vista se tratar de garantia constitucional conferida à empregada gestante, tendo como beneficiário o nascituro. Recurso de revista conhecido e provido.

Também é por isso que o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.089/90), adotando a teoria da proteção integral, não hesita em dispensar a mesma proteção ao nascituro e ao ser já nascido e – ainda – em condição especial de desenvolvimento (art. 7º). Neste sentido, arguta a observação de Ishida (2009, p. 16), ao afirmar que “a criança e o adolescente possuem direito à vida, incluindo o direito ao nascimento, inclusive como preceito constitucional (art. 227 da CF)”, de maneira que a Lei Maior, ao assegurar a prioridade absoluta à proteção dos direitos da criança e do adolescente, como dever da família, da sociedade e do Estado, impõe uma obrigação (um dever), e não mera faculdade.

Portanto, a melhor interpretação do art. 7º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, ao explicitar a garantia ao próprio nascimento com vida, não é outra senão reconhecer o direito do nascituro à vida, em perfeita conformidade com os preceitos constitucionais.

Não se pode conceber diferença real entre o direito de nascer e o direito à vida, haja vista que, nas sábias lições de Bruno (1978, p. 155), “A proteção que o Direito concede à vida humana vem desde o momento em que o novo ser é gerado.” Desde a concepção, portanto, deve-se garantir meios para que o seu processo de plena formação seja indene de obstáculos, pois, no arremate do saudoso jurista, desde então, tem-se “por um ser humano esse homem em formação.”

É imperioso reconhecer, destarte, que o não nascido tem direito constitucional à vida, riqueza ontica, admitindo-se, na ciência jurídica, a distinção entre os termos pessoa física e nascituro apenas para efeito de designar a fase da vida em que se encontra o ser humano, sendo inegável que ambos sejam tutelados com o mesmo grau de importância.

Com efeito, o direito não pode dissociar vida (no sentido biológico, que se inicia com a concepção) de dignidade, para criar um *tertium genus*: vida digna. Vale dizer, é inconcebível sustentar que o direito à vida (com dignidade) seja restrito aos que sobrevivem ao parto, desde quando se assegura o direito de nascer por uma gama de proteção que decorre não só da legislação infraconstitucional, mas, acima e antes de tudo, da própria Lei Maior.

Enfatiza Moraes (2006, p.15), de acordo com os postulados filosóficos de Kant, que é contrário à dignidade da pessoa humana tudo o que for capaz de reduzir a pessoa à condição de objeto. Na adequada visão da autora, o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana não deve ser visto como mero postulado que assegura um tratamento não degradante às pessoas e que estabelece um feixe de proteção à integridade física do ser.

Além disso, serve para tutelar a vulnerabilidade humana onde quer que ela se apresente por força dos valores ético-jurídicos presentes nos princípios constitucionais. Assim, reafirma-se, o nascituro deve ser visto como pessoa, sendo merecedor de toda proteção dispensada aos já nascidos, não se justificando qualquer distinção de tutela em razão do estágio da vida em que se encontra.

Os alimentos, portanto, devem ser compreendidos sob a ótica civil-constitucional, representando importante ferramenta para garantir a subsistência digna daqueles que deles necessitam.

O aplicador do Direito jamais deve se esquecer da simbologia traçada por Lorenzetti (1998, p. 45), por meio da qual o direito privado representaria o sistema solar em que o sol é a Carta Magna e o Código Civil é o planeta principal. Em torno deste estariam os satélites (microssistemas jurídicos ou estatutos importantes ao estudo do direito das famílias), devendo-se buscar sempre desse *Big Bang legislativo* o diálogo das fontes.

É neste cenário que a Lei nº 11.804/2008 (Lei de Alimentos Gravídicos) vem como mais uma ferramenta de assecuração do direito fundamental à vida com dignidade, do qual também é sujeito o nascituro, resguardando o saudável desenvolvimento do feto-pessoa para garantir o seu direito de gozo em plenitude da vida após o nascimento.

4. Os Alimentos Gravídicos como uma das Ferramentas de Garantia do Direito à Vida

A Lei de Alimentos Gravídicos (Lei nº 11.804/2008) reascendeu a discussão no que diz respeito ao início da personalidade humana. Entretanto, não fez nada que não houvesse previsão no Código Civil de 2002 (salvaguarda dos direitos do nascituro – parte final, art. 2º), no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.089/90, art. 7º) e na Consolidação das Leis Trabalhistas (proteção à maternidade, tutelando-se também o não nascido – arts. 391 a 395), normas infraconstitucionais, concebidas e/ou recepcionadas de acordo com os valores e princípios norteadores do Estado Democrático de Direito inseridos na Constituição Cidadã (CF/88), que garante o direito à vida (art. 5º), a dignidade da pessoa humana (inciso III, art. 1º).

Neste contexto, a Carta Magna impõe à família, com absoluta prioridade, o dever de assegurar aos filhos o direito à vida, à saúde, à alimentação, à dignidade, dentre outros (art. 227), direito este que abrange não só os nativos, mas também os nascituros, conforme se demonstrou nos tópicos anteriores.

Portanto, tendo o nascituro direito à vida, porque pessoa humana desde a concepção, a concessão de alimentos para o não nascido constitui um dos importantes mecanismos de garantia deste direito.

4.1. O Impacto da Lei Nº 11.804/2008 na Comunidade Jurídica Brasileira

Em que pese a doutrina e a jurisprudência pátrias já defendessem a possibilidade de se estabelecer alimentos para o nascituro antes mesmo da novel legislação, a Lei de Alimentos Gravídicos, ainda que tenha algumas imperfeições, trouxe avanços para a sociedade brasileira. Com efeito, a partir do novo texto legal, a academia voltou a debater sobre temas importantes do Direito, destacando-se algumas mudanças de postura.

O primeiro avanço diz respeito ao afastamento do óbice anteriormente mencionado por muitos magistrados, em um país de cultura exacerbada ao positivismo legalista, que não reconheciam o direito do não nascido a alimentos. A esse respeito, Dias (2010, p. 528) pontua,

Ainda que inquestionável a responsabilidade parental desde a concepção, o silêncio do legislador sempre gerou dificuldade para a concessão de alimentos ao nascituro. Assim, em muito boa hora foi preenchida a injustificável lacuna. Trata-se de um avanço que a jurisprudência já vinha assegurando. A obrigação alimentar desde a concepção está mais do que implícita no ordenamento jurídico, mas nada como a lei para vencer a injustificável resistência de alguns juízes em deferir direitos não claramente expressos.

Outro avanço verificado diz respeito ao reacendimento de discussões sobre o surgimento da pessoa humana, dando especial enfoque às teorias natalista, concepcionista e da personalidade condicional já estudadas.

E neste aspecto, serviu, sem dúvida, como fonte de inspiração para que alguns posicionamentos fossem revistos, inclusive, tendo sido elemento fundamental para a escolha da temática deste trabalho. Nesta senda, muitos defensores da teoria natalista, posteriormente, reviram seus posicionamentos, verificando a necessidade de o ordenamento encontrar uma adequação capaz de propiciar uma efetiva tutela jurídica ao nascituro, demonstrando a perfeita compreensão de que o Direito evolui velozmente para acompanhar a realidade social, não havendo que se falar em uma verdade estanque. Com efeito, mesmo antes de promulgada a lei de alimentos gravídicos, juristas de escol já defendiam que a obrigação alimentar podia ter início antes mesmo do nascimento com vida, na fase de gestação, reconhecendo a proteção jurídica concedida ao nascituro (FARIAS E ROSENVALD, 2008, p. 625).

Assim também já entendia Veloso (2003, p. 15):

A obrigação alimentar existe, a meu ver, desde a concepção, e não só por princípios humanitários. O nascituro tem direito à vida, e direito próprio a alimentos, entendendo-se, aqui, remédios, despesas médicas e, em geral, necessidades pré-natais, além da hospitalização e parto.

Gagliano e Pamplona Filho (2002, p. 93/94) também verberavam:

Defendemos ainda o entendimento no sentido de que o nascituro tem direito a alimentos, por não ser justo que a genitora suporte todos os encargos da gestação sem a colaboração econômica do seu companheiro reconhecido. Tal matéria, embora não seja objeto ainda de legislação

expressa, pode ser reconhecida judicialmente em função da necessidade de proteção do feto para o seu regular desenvolvimento.

Mesmo entendimento passou a adotar Pereira (2006, p. 517):

Se a lei põe a salvo os direitos do nascituro desde a concepção, é de se considerar que o seu principal direito consiste em direito à própria vida e esta seria comprometida se à mãe necessitada fossem recusados os recursos primários à sobrevivência do ente em formação no seu ventre.

Da mesma forma, o direito à vida antes mesmo do nascimento já era defendido por tribunais brasileiros anteriormente ao advento da lei de alimentos gravídicos, reconhecendo-se a necessidade de garantir o saudável desenvolvimento do nascituro. Em sede da Apelação Cível nº 1.0024.04.377309-2/001, a 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, sob a relatoria do Desembargador Duarte de Paula, em 10/03/2005, assim decidiu:

FAMÍLIA. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE E ALIMENTOS. NATUREZA PERSONALÍSSIMA DA AÇÃO. LEGITIMIDADE ATIVA. DIREITO DO NASCITURO. São legitimados ativamente para a ação de investigação de paternidade e alimentos o investigante, o Ministério Público, e também o nascituro, representado pela mãe gestante.

No Agravo de Instrumento nº 70017520479, a 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, seguindo entendimento do relator, Desembargador Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, em 28/03/2007, pontuou:

UNIÃO ESTÁVEL. ALIMENTOS PROVISÓRIOS. EX-COMPANHEIRA E NASCITURO. PROVA. 1. Evidenciada a união estável, a possibilidade econômica do alimentante e a necessidade da ex-companheira, que se encontra desempregada e grávida, é cabível a fixação de alimentos provisórios em favor dela e do nascituro, presumindo-se seja este filho das partes. 2. Os alimentos poderão ser revistos a qualquer tempo, durante o tramitar da ação, seja para reduzir ou majorar, seja até para exonerar o alimentante, bastando que novos elementos de convicção venham aos autos. Recurso provido em parte.

Assim, a Lei dos Alimentos Gravídicos veio para vencer a antes injustificável barreira, reafirmando a necessidade de se proteger a vida humana desde a concepção.

4.2. A Finalidade dos Alimentos Gravídicos

Na lição de Cahali (2009, p. 16), “constituem os alimentos uma modalidade de assistência imposta por lei, de ministrar os recursos necessários à subsistência, à conservação da vida, tanto física como moral e social do indivíduo”.

Portanto, destaca-se nitidamente o caráter assistencial dos alimentos, haja vista que,

em regra, abrangem não só o indispensável à sobrevivência da pessoa que deles necessita, para abranger outras necessidades, tais como vestuário, assistência médica, lazer, habitação, instrução e educação (arts. 1694 e 1920, do CC/2002). Daí porque, com maestria, sintetiza Gonçalves (2010, p.481), “A aludida expressão tem, no campo do direito, uma acepção técnica de larga abrangência”.

Entretanto, viu-se que a vida existe desde a concepção. Sendo assim, a obrigação alimentar advém antes mesmo do nascimento, emanando-se da proteção jurídica que o ordenamento pátrio concede ao nascituro, em especial, para garantir o próprio direito fundamental à vida consagrado na Lei Maior. A Lei de Alimentos Gravídicos, portanto, vem como uma das ferramentas para a materialização deste direito. Na arguta definição de Perlingieri (2002, p. 10), trata-se de típica legislação ordinária com plena legitimidade constitucional, definida como aquela que é fruto de “uma adequada reflexão sobre o papel global que o Texto Constitucional exerce na teoria das fontes do Direito Civil”.

Afinal, em vista de uma gestação, há grande probabilidade de que o parto seja a termo, vindo o bebê a nascer com vida, sendo lúcidas as ponderações de Farias e Rosenvald (2010, p. 710), ao mencionarem:

De fato, existem despesas necessárias à perfeita realização do pré-natal, destinando-se a garantir a vida do concebido. Ou seja, durante a gravidez são incontáveis as situações materiais que exigem a participação do pai. São gastos com saúde, alimentação, medicamentos, despesas hospitalares com maternidade..., sem contar a preparação do (necessário) enxoval do bebê, como na hipótese do vestuário e da assistência pediátrica, que não podem ser exclusivos da genitora.

Não há mais lacuna legislativa a respeito do tema. Mesmo sem a prova da relação filial, haja vista que ainda em fase de gestação o alimentando, a Lei nº 11.804/2008, em seu art. 2º, reafirma o princípio constitucional da paternidade responsável ao obrigar que o suposto (mas, substancialmente, provável) genitor contribua com sua cota-parte nas despesas, a fim de propiciar o desenvolvimento das funções vitais do feto, assim definindo:

Os alimentos de que trata esta Lei compreenderão os valores suficientes para cobrir as despesas adicionais do período da gravidez e que sejam dela decorrentes, da concepção ao parto, inclusive as referentes a alimentação especial, assistência médica e psicológica, exames complementares, internações, parto, medicamentos e demais prescrições preventivas e terapêuticas indispensáveis, a juízo do médico, além de outras que o juiz considere pertinentes.

Portanto, da mesma forma em que os alimentos civis em geral não se destinam exclusivamente à alimentação, os alimentos gravídicos correspondem à obrigação estabelecida judicialmente para fazer frente com todas as despesas necessárias no período compreendido entre a concepção e o parto. Neste contexto, vale registrar que o rol constante do *caput* do art. 2º, da Lei nº 11.804/2008, não é taxativo, sendo certo que a própria norma, de caráter aberto, estabelece que, além das necessidades enumeradas, os alimentos gravídicos podem ser concedidos para cobrir “outras que o juiz considerar pertinentes”.

Destarte, a Lei de Alimentos Gravídicos vem reafirmar o reconhecimento do não nascido como um ser humano em formação, que tem vida com características próprias. Consagrado como pessoa humana, o nascituro é destinatário de direitos,

principalmente dos intitulados direitos fundamentais. Esta, portanto, é a real finalidade dos alimentos gravídicos: a proteção da pessoa humana e dos direitos fundamentais consagrados na Constituição Federal, em especial, o direito à vida, consagrando o viés do direito civil constitucional, na medida em que garante ao nascituro o aparato necessário para que a sua vida traspasse os limites do útero materno.

4.3. O Real Destinatário da Novel Legislação

Como visto, apesar de alguns tribunais terem enfrentado a matéria, garantindo o direito ao nascituro a alimentos antes da lei 11.804/2008, a regra e a *praxe* forense era deflagrar-se a ação de alimentos somente após o nascimento da criança e o reconhecimento da paternidade. Isto porque a legislação específica (Lei nº 5.468/68) exige a prova documental do parentesco, contendo a relação filial bem definida, apontando os genitores da criança, além dos demais dados dos ascendentes.

Assim, de posse da certidão de nascimento, contendo a filiação, acionava-se a pessoa obrigada, pleiteando os alimentos. Quando não se tinha a prova documental da relação de parentesco, o caminho era o ajuizamento de investigatória de paternidade cumulada com alimentos. Não é que agora o rito para pleitear alimentos dos filhos menores em relação aos pais tenha mudado. De maneira alguma. As ações de alimentos continuam a exigir a prova do parentesco para serem processadas e julgadas. A diferença é que, atualmente, também por expressa disposição legal, normatizou-se algo que já estava mais do que implícito no ordenamento jurídico brasileiro: a possibilidade de concessão de alimentos durante a gestação.

Entretanto, a Lei nº 11.804/2008 foi promulgada com algumas imperfeições, como por exemplo, o prazo de cinco dias para a resposta do réu (já que, no mais, aplica-se o procedimento da lei de alimentos), e a legitimidade para a propositura da ação. Por ter estreita correlação com a temática deste trabalho, passa-se à análise deste último ponto, questionando-se: a quem se destinam os alimentos gravídicos?

Uma interpretação literal do art. 1º, da Lei 11.804/2008, conduz à falsa constatação de que o direito a alimentos gravídicos seria da mulher gestante, o que se tem como absolutamente equivocado, aliás, conforme toda a fundamentação já exposta.

Com efeito, defende-se que a vida existe a partir da nidação e desenvolvimento do feto no útero materno, colhendo das sábias lições de França (1988, p. 48), que o nascimento não pode ser condição de aquisição de personalidade, porque esta já existe desde a concepção do nascituro e a capacidade jurídica apenas se consolida com o nascimento.

Vasconcelos, citado por Madaleno (2009, p.6), enfatiza:

Não há como olvidar se trate o nascituro de um ser humano vivo e merecedor de toda proteção jurídica, pois, ele não é uma víscera da mãe, é um ser vivo em desenvolvimento e, se o próprio cadáver tem um regime jurídico de proteção, cujos direitos da personalidade quanto ao nome, à imagem e à sepultura lhe são dispensados, não há como negar a humanidade do nascituro.

ENTRE ASPAS

Neste contexto, discorda-se do posicionamento de Dias (2010, p. 527-529) quando afirma que a legitimidade ativa para as ações de alimentos gravídicos é da gestante, quem promove a ação em nome próprio. Para a aludida autora, o nascituro somente pode pleitear alimentos por meio de ação investigatória de paternidade, o que *data venia* é um argumento que não se sustenta, até mesmo, pelas próprias ponderações da brilhante jurista, segundo quem o nascituro tem mais do que simples interesses em jogo, mas direitos reconhecidamente protegidos antes mesmo do nascimento.

Portanto, não se vislumbra qualquer diferenciação substancial entre os institutos alimentos para o nascituro e alimentos gravídicos, sendo expressões jurídicas com o mesmo alcance e finalidade. Ademais, na linha de intelecção desfilada, a garantia dos alimentos desde a concepção significa a consagração da teoria concepcionista como a que melhor se amolda aos valores constitucionalmente consagrados, em especial, por levar em conta que o nascituro não é meramente uma parte do corpo da mãe, mas sim um ser humano autônomo. A este respeito, Farias e Rosenvald (2008, p. 546) ponderam:

Percebe-se uma inclinação do ordenamento jurídico brasileiro para o acolhimento da teoria concepcionista (mais adequada com o atual estágio do Direito Civil e com a afirmação constitucional da dignidade da pessoa humana) reconhecendo a aplicação dos direitos da personalidade ao nascituro. Aliás, a legitimidade ativa do nascituro exsurge indubitosa porque o art. 2º da Lei Civil lhe reconhece direitos e, por conseguinte, nada mais natural que disponha de meios para defendê-los.

O fato de o nascituro depender da genitora para que permaneça se desenvolvendo e para que a sua vida – já concebida – venha a romper as barreiras do útero não pode, jamais, ser tido como primordial para reconhecer como da gestante o

direito aos alimentos gravídicos. Com efeito, ainda que se reconheça uma imantação entre as necessidades do alimentando e da gestante, tem-se de forma inequívoca que o real fundamento para a concessão dos alimentos gravídicos (a *mens leges*) é a proteção à vida do nascituro. Do contrário, não seriam devidos, em regra, alimentos à mulher, haja vista que o deferimento desta espécie de alimentos depende da demonstração, por todos os meios de prova em direito admitidos, da existência de indícios suficientes da paternidade (art. 6º). Assim é que, observa Gonçalves (2010, p. 556):

A petição inicial da ação de alimentos gravídicos deve vir instruída com a comprovação da gravidez e dos indícios de paternidade do réu (por exemplo, cartas, *emails* ou outro documento em que o suposto pai admite a paternidade; comprovação da hospedagem do casal em hotel, pousada ou motel, no período da concepção, fotografias que comprovem o relacionamento amoroso do casal no período da concepção etc.)

Conclui-se, portanto, que o destinatário real dos alimentos gravídicos não é a gestante, mas sim o nascituro, ainda mais porque, para a sua fixação, levam-se em conta as despesas adicionais necessárias para cobrir as despesas durante a gravidez, e não as despesas ordinárias da mulher (*caput* do art. 2º).

Atentando-se para a efetivação do pré-natal, primordialmente, levam-se em consideração

todas as necessidades do feto, visando o seu sadio e regular desenvolvimento, ainda que supletivamente haja a proteção ao estado peculiar da gestante, que tem suas funções orgânicas e psíquicas completamente alteradas pela gravidez. Defender o contrário seria compactuar com verdadeiro retrocesso, haja vista que há muito os tribunais brasileiros vinham reconhecendo, ainda que de forma pontual, a legitimidade ativa *ad causam* do nascituro, representado pela mãe gestante, para materializar seus direitos.

Por fim, a própria Lei nº 11.804/2008 estabelece, no parágrafo único, do art. 6º, que após o nascimento com vida, os alimentos gravídicos ficam convertidos em pensão alimentícia em favor do menor, o que enfatiza ainda mais que não é a gestante a real beneficiária da obrigação alimentar especial. Em outras palavras, o reconhecimento do estado gestacional é que depende da presença do nascituro no ventre materno. Não fosse a confirmação da gravidez, impossível seria o pleito de alimentos gravídicos, de maneira que negar tal direito ao nascituro é negar o próprio direito fundamental à vida (ANGELUCI, 2009).

5. Considerações Finais

A normativa constitucional, além de regra hermenêutica, deve ser também considerada como norma de comportamento, tendo eficácia frente às relações intersubjetivas, principalmente, quando visam proteger os direitos fundamentais. Daí a importância da Constituição Federal de 1988 como vetor normativo e como fonte para aplicação equânime dos direitos na sociedade, destacando-se o seu importante papel na modificação de toda a tábua axiológica do direito privado, em especial, o direito das famílias.

Ao consagrar o princípio da dignidade da pessoa humana enquanto fundamento da República, o Texto Constitucional trouxe a necessidade de resgatar o respeito pelo ser humano, que passou a ter mais importância nas relações civis em detrimento das questões patrimoniais, em especial porque sobrelevou-se a sua condição de sujeito de direitos e obrigações. Este o formato no (novo) Código Civil e demais legislações esparsas, não cabendo espaço para posicionamentos outros que desconheçam o fenômeno da repersonalização do direito, com a consagração do estudo do direito civil constitucional. Sob esta ótica, tem-se que a tutela jurídica do nascituro, inclusive, o reconhecimento e preservação de seus direitos, emana da proteção constitucional do direito à vida, sendo não mais uma mera proposição, mas uma realidade.

O nascituro é o ser humano já concebido, mas, ainda, não nascido, o que, de maneira alguma, pode ser encarado como uma *capitis deminutio*. Ao contrário, já tem vida autônoma da vida da sua genitora (ainda que dela dependa, organicamente, para se nutrir e desenvolver), sendo destinatário e sujeito de direitos e obrigações, portanto, pessoa humana dotada de personalidade, ainda que lhe falte (pelo estágio peculiar da gestação) capacidade de agir por si só, demandando ser representado.

O direito constitucional à vida, e, frise-se, a uma vida digna, não comporta a diferenciação da tutela entre vida intrauterina (nascituro) e vida fora do ventre materno (nativivo), a não ser naquilo que seja peculiar a cada uma das citadas formas de vida. Sendo assim, incontestado que em função dele próprio (nascituro), real titular de uma gama de direitos, inclusive, do direito matriz (vida), a sua representante legal (a gestante) lance mão de todas as ferramentas disponíveis para garantir o seu sadio e regular desenvolvimento, a fim de que a vida – já concebida – rompa os limites do útero e lhe apresente um panorama ainda maior.

Assim é que, pontuou-se que era desnecessário a promulgação de uma lei específica para tratar da possibilidade de fixação de alimentos em prol do não nascido, haja vista que este direito já estava mais do que implícito na Constituição Federal, e, até mesmo, em outras legislações ordinárias já existentes, a exemplo do Estatuto da Criança e do Adolescente, da Consolidação das Leis Trabalhistas, e constante do texto do próprio Código Civil. Bastava que o operador do direito fizesse uma interpretação teleológica para admitir a obrigação alimentar especial antes mesmo do nascimento, aliás, exercício realizado por alguns juristas antes mesmo da Lei nº 11.804/2008, como se verifica das transcrições doutrinárias e acórdãos constantes dos tópicos anteriores.

Todavia, mesmo perfilhando o posicionamento dos que advogavam a tese da desnecessidade de uma lei específica sobre o tema, o que somente vem enfatizar o apego ao positivismo legalista (marca da cultura jurídica no Brasil), reconheceu-se os avanços trazidos pela novel legislação, tudo com vistas a expurgar a injustificável barreira que afastava a materialização do direito jusfundamental do nascituro à vida.

A Lei de Alimentos Gravídicos, portanto, ainda que contenha imperfeições e não seja de perfeita técnica legislativa, vem, de certa forma, contribuir para a adequação da realidade social, consagrando o nascituro como pessoa humana nos moldes da teoria concepcionista, clamando a comunidade jurídica a encarar o nascimento não como um começo, mas como uma etapa na vida que já havia se formado e que anseia por continuar.

Referências

ALMEIDA, Silmara Chinelato e. Tutela Civil do Nascituro. São Paulo: Saraiva, 2000.

ANGELUCI, Cleber Affonso. Alimentos Gravídicos: avanço ou retrocesso? Revista CEJ, Brasília, Ano XIII, n. 44, p.65-71, jan. / mar. 2009.

ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios: Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 9. ed. São Paulo : Malheiros, 2009.

BRASIL. Constituição (1988). Emendas constitucionais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 18 de set. de 2010

BRASIL. Lei Nº 11.804, de 5 de novembro de 2008. Disciplina o direito a alimentos gravídicos e a forma como ele será exercido e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/11804.htm>. Acesso em: 18 de set. de 2010

BRASIL. Lei Nº 5.478, de 25 de julho de 1968. Dispõe sobre ação de alimentos e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/leis/L5478.htm>>. Acesso em: 18 de set. de 2010

BRUNO, Aníbal. Direito Penal: crimes contra a pessoa. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra, Portugal: Almedina, 1997.

A REVISTA DA UNICORP

CAHALI, Yussef Said. Dos Alimentos. 6. ed. São Paulo: RT, 2009.

CORDEIRO, Paulo Machado; Didier Jr, Fredie (coord.). Coleção temas de processo civil: a Responsabilidade Social dos Juizes e a Aplicação dos Direitos Fundamentais. Salvador: Juspodvm, 2007, v. 8. Estudos em homenagem a Eduardo Espínola

DALLARI, Dalmo de Abreu. Constituição e Constituinte. 3. ed. São Paulo : Saraiva, 1986.

DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

EHRHARDT Jr., Marcos. Direito Civil: LICC e parte geral. Salvador: Juspodivm, 2009, v.1

ELIOS, Roberto João. Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente: (lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990). 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

FACHIN, Luiz Edson. Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FARIAS, Cristiano Chaves. Direito das Famílias. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. Direito das Famílias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

FIUZA, César. Direito Civil: curso completo. 7. ed. - rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. De acordo com o Código Civil de 2002.

FRANÇA, Rubens Limongi. Instituições de Direito Civil. São Paulo: Saraiva, 1988.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo Curso de Direito civil: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 1

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro. Vol. 06, 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

ISHIDA, Válter Kenji. Estatuto da Criança e do Adolescente: doutrina e jurisprudência. Comentários Válter Kenji Ishida. 10ed. São Paulo: Atlas, 2009.

LORENZETTI, Ricardo Luís. Fundamentos de Direito Privado. São Paulo: RT, 1998.

LOTUFO, Renan. Código Civil Comentado: parte geral (arts. 1º a 232). São Paulo: Saraiva, 2003, v.1.

MADALENO, Rolf. Da posse em Nome do Nascituro. Belo Horizonte: Magister, 2009.

MARTINS-COSTA, Judith. Os danos à pessoa e a natureza da sua reparação. In: _____ (Org.). A Reconstrução do Direito Privado: Reflexos dos Princípios, Diretrizes e Direitos Fundamentais Constitucionais no Direito Privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da dignidade humana. In: _____ (Coord.). Princípios do Direito Civil Contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ENTRE ASPAS

PASSOS, José Joaquim Calmon de. Direito, Poder, Justiça e Processo: julgando os que nos julgam. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. Direito Civil: alguns aspectos de sua evolução. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. Instituições de Direito Civil: direito de Família. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, v. 6.

PERLINGIERI, Pietro. Perfis do Direito Civil: Introdução ao direito civil constitucional. Tradução Maria Cristina De Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SIMÕES, Thiago Felipe Vargas. Breves Linhas sobre Alimentos Gravídicos. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7562>. Acesso em: 15 jul. 2010.

VELOSO, Zeno. Código Civil Comentado. São Paulo: Atlas, 2003. v. 17.

VASCONCELOS, Pedro Pais de. Direito de personalidade. Coimbra: Almedina, 2006. In: MADALENO, Rolf. Da posse em Nome do Nascituro. Belo Horizonte: Magister, 2009.

WALD, Arnold. Curso de Direito Civil Brasileiro: Introdução e parte geral. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

A HERMÊUTICA JURÍDICA EM TEMPOS DE PÓS-MODERNIDADE: O ATIVISMO JUDICIAL

Mário Soares Caymmi Gomes

Juiz de Direito do Estado da Bahia. Pós-Graduado em Direito Tributário pela PUC-SP. Pós-Graduado em Direito Civil e Direito Processual Civil pela UNESA-RJ. Mestre em Letras pela Universidade Federal da Bahia.

Resumo: A superação da modernidade trouxe consigo uma mudança nos paradigmas da hermenêutica iluminista, modificando o papel e o conceito do Estado e reconfigurando a repartição de funções. Dentro desse novo parâmetro cognitivo destaca-se a insuficiência da tese positivista que pretende explicar a aplicação da norma pelo juiz apelando para a lógica silogística pura da subsunção do fato à norma. A pós-modernidade exige que esse ato venha justificado eticamente, com base em valores prestigiados pela Constituição. Isso fez com que os juízes percam a sua passividade contemplativa na aplicação das normas para tornarem-se, eles mesmos, garantes da realização das promessas constitucionais referentes aos direitos fundamentais. O presente artigo pretende verificar os fundamentos teóricos e filosóficos que respaldam o conteúdo semântico do chamado “ativismo judicial”, que está ligado, em verdade, à mudança paradigmática da pós-modernidade e à mudança no perfil do magistrado. Isso confirma a nossa tese de que esse novo conceito, que tem trânsito cada vez mais comum nos escritos contemporâneos, só pode ser compreendido no bojo das transformações paradigmáticas pós-modernas.

Palavras-Chave: hermenêutica jurídica. pós-modernidade. juiz. ativismo judicial.

Sumário: 1 Introdução - 2 Os paradigmas da ciência moderna - 3 enfraquecimento das ideias da modernidade: a pós-modernidade - 4 O Direito na Pós-Modernidade - 5 Nova teoria do Estado e novo perfil do Judiciário - 6 O pós-positivismo e o neoconstitucionalismo – 7 Ativismo judicial – 8 Conclusão.

1. Introdução

O ser juiz hoje não é mais a mesma coisa que aquilo que se cria no século XVIII, quando o programa iluminista alcançou o seu apogeu.

A distribuição da justiça por meio da decisão judicial também não obedece aos mesmos parâmetros do período referido, e nem atende aos mesmos pressupostos teóricos.

É por conta disso que se convencionou, na atualidade, chamar a atenção para um neologismo, o “ativismo” judicial, para caracterizar uma nova atitude dos magistrados da

tradição do *civil law* perante a atividade hermenêutica que estão incumbidos na condução do processo civil e penal, com a consequente aplicação da lei.

O termo em destaque se reporta a uma mudança significativa no perfil desses operadores do direito, antes limitados a ser “a boca que pronuncia as palavras da lei”, no dizer de Montesquieu (2000), caracterizados pela inércia e passividade e que, na atualidade, tornam-se promotores dos valores constitucionais e, com isso, chegam a ser acusados, vez por outra, de excesso e abuso no exercício do cargo.

Mas, afinal, como passamos de um modelo de magistrado para o outro? Como podemos justificar esse novo papel do juiz perante os fundamentos gerais da filosofia (aí incluída a do Direito)?

É com vistas a esse tema que o presente artigo pretende passar em revista, ainda que de maneira pontual, tendo em vista as limitações do espaço, as principais ideias-força que culminaram com essa mudança paradigmática na seara jurídica. Por isso apresentaremos um trabalho panorâmico, que se propõe apresentar as pesquisas preliminares colhidas em projeto de pesquisa de mestrado.

A primeira parte apresentará as matrizes filosóficas da concepção de ciência iluminista e, em seguida, aferiremos como elas se modificaram na pós-modernidade. Em seguida caracterizaremos o pós-positivismo e o neoconstitucionalismo, fazendo com esses um liame com o ativismo, demonstrando que todos eles fazem parte de um movimento de resgate da ética e da justiça no pensamento principiológico contemporâneo.

2. Os Paradigmas da Ciência Moderna

Fixar o momento preciso em que se teria estabelecido a modernidade é tarefa sujeita a intermináveis debates. Há quem diga que esse marco dar-se-ia com a publicação dos trabalhos de Copérnico (1473-1543), que refutou a cosmologia aristotélica ao colocar o sol no centro do universo e romper com o estatismo da terra, defendendo a sua rotação em seu próprio eixo. A matematização do universo implementada por essa descoberta permitiu as ulteriores descobertas de Kepler acerca da elipticidade do movimento planetário (que até então se considerava circular, de acordo com Ptolomeu), Galileo e Newton.

Koyré (1991, p. 23), um dos mais influentes historiadores da ciência do nosso tempo, por sua vez, considera a data precisa da modernidade como sendo 1277, “quando o bispo de Paris proclamou solenemente que era possível a existência de diversos mundos e que o conjunto das esferas celestes podia, sem contradição, ser animado por um movimento retilíneo”, introduzindo, no interior da doutrina religiosa, uma ruptura com as idéias até então concebidas por uma certa interpretação das escrituras sagradas.

Pari passu com tais descobertas, as primeiras teorias iluministas a respeito da origem do Estado passam a ser criadas. Hobbes, por seu turno, entende que o medo e a necessidade de se garantirem os cidadãos contra a barbárie estava em sua origem. Já Rousseau (1991), no *Contrato Social*, talvez a mais sedutora de todas as teorias a respeito desse tema, fundou a existência do Estado no indivíduo, ou seja, tornou o todo função das partes ou melhor, a sociedade baseada no indivíduo que, tendo deliberado racionalmente, admite abrir mão de parcela de sua autonomia pelas razões já exploradas na tese hobbesiana. Estas teorias políticas implicam num novo sustentáculo teórico na concepção do Estado já que “a ordem social não deve depender de nada além de uma livre decisão humana, que faz do homem o princípio do bem e do mal e não mais o representante de uma ordem estabelecida por Deus ou pela natureza.”

(TOURAINÉ, 1998, p. 24) Uma sociedade torna-se virtuosa na medida em que pode dar condições de subsistência a todos aqueles que guardam consigo parcela de sua formação.

A modernidade, sob esses parâmetros, transforma a realidade, antes sacralizada, num mundo que repudia a legitimação do poder por herança, e que exige bases democráticas de representação. Isso implica na introdução de uma nova pauta valorativa, que coloca o homem em primeiro lugar e preza pela sua igualdade formal – expressada na Declaração Universal dos Direitos do Homem – e impõe a criação de leis que reflitam os ideais do Justo e, por isto mesmo, se impunham socialmente de maneira incontestável. Para tanto, tais leis devem expressar o direito inalienável de ter, de possuir. Segundo Locke, apesar das pessoas partilharem comunitariamente de tudo, também eram dotadas de livre-arbítrio razão pela qual começaram a se utilizar de sua força de trabalho para tirar os bens de seu estado natural, transformando-os, com o que se tornavam donos deles, sendo esta a fonte da propriedade privada, que deveria ser respeitada como lei suprema da sociedade burguesa que se criava. A função do Estado era garantir a manutenção dos direitos individuais, que deveriam prevalecer sobre quaisquer outros.

Uma vez consolidado no poder, trata o projeto burguês-modernista, no campo da hermenêutica legal, de assegurar a estabilidade de suas conquistas, principalmente no Direito, através da disseminação de uma tese que apontava a interpretação inerente à atividade judicial como algo automático, que apenas refletiria os parâmetros já encontrados previamente na lei, reduzindo-a a uma atividade mecânica, onde a criatividade era vedada e a neutralidade deveria imperar.

Deus é eliminado do cenário político. O monarca não tinha mais ele em quem se apoiar. Deus fora substituído pela razão (TOURAINÉ, 1998). De acordo com Alan Bloom, “o que distingue a filosofia do iluminismo da que a precede é a sua intenção de estender a todos os homens o que havia sido propriedade de apenas alguns, a saber, uma existência conduzida em conformidade com a razão.” (*apud* TOURAINÉ, 1998, p. 19). Crescem os sentimentos nacionalistas e com ele a noção de soberania nacional, a exigir que todo Estado contasse com “um território coerente, definido pela área ocupada pelos seus membros, cuja pertinência era definida por sua história, cultura comum, composição étnica e, com crescente importância, a língua.” (HOBBSAWM, 1977, p. 103)

O *Discurso sobre o Método* de Descartes (1973), uma obra típica dessa época, é o apelo para que a ciência desenvolva um método próprio, que exige “[...] regras certas e fáceis, pela observação exacta das quais se terá a certeza de nunca tomar um erro por uma verdade e, sem gastar com ele inutilmente as forças do seu espírito, mas acrescentando o seu saber por um progresso contínuo, de chegar ao conhecimento de tudo o que se for capaz.” (*apud* BEYSSADE, 1991, p. 27). Ele recorre à necessidade de, através dela, dar-se um novo começo para a humanidade, tratando o passado como uma *tábua rasa* em que a fé na natureza humana e no seu potencial de construir um mundo melhor são revigorados ao máximo, o que torna a ciência em seu garante mais notável, o mecanismo através do qual tudo deve ser aprendido novamente, expressão da perfeição mais admirável a que o homem poderia chegar. Sua ambição acaba sendo coroada por ele mesmo em seu *Principia Philosophie* onde afirma, categoricamente, que não há nada visível ou perceptível neste mundo que não tenha sido explicado nesta sua obra.

Assim como Descartes, os grandes cientistas que o seguiram consideravam possível a matematização e a geometrização do mundo, sendo estas as ciências mais perfeitas já conhecidas. Com base nesta crença, chegou a afirmar Galileu Galilei, no seu *Il saggiatore*, que a linguagem do universo “está escrita em língua matemática, e os caracteres são triângulos, círculos e outras figuras geométricas, e sem tais meios é impossível entender humanamente

algo a seu respeito, sem eles vaguear-se-á em vão por um escuro labirinto.” (*apud* BANFI, 1986, p. 85) Depois de seu trabalho, o mundo dos sentidos passou a ser posto concludentemente em dúvida, já que não reflete a realidade que é, em si mesma, “geometria materializada e realizada.” (KOYRÉ, 1982, p. 85).

A busca metafísica pelas causas últimas é substituída pela necessidade de se explicarem os fenômenos, o “como” os fatos acontecem da forma como acontecem, aspiração esta muito bem expressa na assertiva de Einstein de que a evolução do nosso mundo das idéias é, em certo sentido, um esforço constante contra o miraculoso”.

A nova ciência transforma o mundo num “autômato submisso” (PRIGOGINE e STENGERS, 1997, p. 5), uma máquina, “[...] inexoravelmente e sistematicamente avançando a um destino predefinido, com cada átomo trilhando um destino inalterável” (DAVIES, 1990, p. 24).

Outra assertiva básica da ciência moderna diz respeito à sua neutralidade. O cientista e o seu método de trabalho são *objetivos* e, portanto, imunes a preconceitos e subjetivismos já que na matemática, que é a linguagem que os anima, não existe espaço para isso.

A confiança em tal trabalho é tanta que ele é tido como cumulativo e contínuo, uma vez que o racionalismo que o anima somente conhece sucessos. Lachman (1956, p. 15), ao se referir aos fundamentos da ciência, e falando numa época contemporânea, expressa esse efusivo otimismo característico, que encontra seguidores até hoje:

Ciência se refere aos corpos sistematicamente acumulados de conhecimento concernente ao universo finito derivado exclusivamente de técnicas e observação objetivamente direta. [...] Seu conteúdo são corpos organizados de dados. É um processo contínuo, criativo e cumulativo.

A modernidade, enfim, se caracteriza como uma aposta na razão e na ciência como panaceia para todos os males, cujo modelo tendeu a ser transposto para todas as formas de conhecimento, inclusive o Direito.

3. O Enfraquecimento das Ideias da Modernidade: a Pós-Modernidade

A chamada pós-modernidade é um tema de definição controversa, e não buscaremos aqui tentar superar esta dificuldade teórica, almejando um consenso. O termo surgiu, como aponta ANDERSON (1999), na América Hispânica bem antes que nos Estados Unidos, através de um estudo literário elaborado por Federico de Onís, em 1934, para criticar o que ele considerava um refluxo conservador da poesia dentro do modernismo. No entanto ela só veio a se popularizar quando outros autores, que provavelmente não tiveram acesso à obra já referida, começaram a essa expressão como precursora de uma nova estética e uma nova forma de organização do capital e, em consequência, da sociedade como um todo.

Toynbee, no oitavo volume de seu *Study of History*, publicado em 1954, situava a modernidade como a fase em que as comunidades ocidentais conseguiram produzir uma burguesia numerosa e competente o bastante para se tornar o elemento predominante na sociedade enquanto o pós-moderno consistiria numa distribuição do poder político, onde esta classe média não detinha mais o centro da decisão política (*apud* ANDERSON, idem, p. 11).

Nos anos 50 o termo foi usado na obra de C. Wright Mills para indicar uma época de ruptura dos ideais modernos do liberalismo e do racionalismo.

Estamos no final da chamada Idade Moderna. Assim como a Antiguidade foi seguida por vários séculos de ascendência oriental, que os ocidentais chamam provincianamente de Idade das Trevas, assim também a Idade Moderna está sendo seguida agora por um período pós-moderno (*apud* ANDERSON, 1999, p. 22).

Esse artigo se apropria do sentido da pós-modernidade como algo mais semelhante a essa última definição.

A modernidade, vista pela pós-modernidade, implica no fracasso de um discurso que procurou dominar as práticas intelectuais, dando explicações inovadoras aos objetos do mundo, acreditando que a razão seria suficiente para encontrar explicações para desvendar a natureza das coisas, e que prometeu espalhar o progresso e o bem-estar social. À medida que a filosofia marxista foi ganhando força e desnudou os mecanismos de significação que são veladas pela relação de dominação de classes, precipitamo-nos num clima pessimista, em que se tornou praxe estabelecer um rompimento com este discurso anterior, tornam-se comum a prática de aposição de marcas linguísticas, pela colocação de afixos com o único fim de estabelecer claramente uma cisão, como no caso de termos como *descontinuidade*; *disruptura*; *indeterminação*; *anti* totalização; *descentralização*; *descontinuidade* que encontraremos facilmente em que qualquer obra que se postule pós-moderna.

Por outro lado, Lyotard (2006) nos recorda que uma das principais características da pós-modernidade é a falência dos discursos totalizantes, uma vez que o mundo se reparte em fragmentos de discurso que competem entre si pela hegemonia, termo esse ao qual se convencionou também chamar-se “verdade”. Roy (2003), por sua vez, sustenta que o modelo econômico capitalista “pesado”, do grande parque industrial, está falido, tendo cedido passo, no mundo pós-industrial, ao primado da cultura como elemento primordial de troca. O regime da acumulação de bens tornou-se obsoleto pois hoje nada vale apenas pelo que é, ou pela utilidade imediata que aparenta ter. Os objetos valem pelos discursos que sobre eles são depositados e obedecem a regimes distintos de circulação, consumo e distribuição, de acordo com os propósitos dos leitores/enunciadores ou a finalidade por eles almejada.

Assim sendo, verificamos que existe uma coerência interna em todos esses relatos que permitem aferir a pós-modernidade como uma transformação dos parâmetros sociais e culturais num todo mais pluralista, crítico e fragmentado, onde tudo é descartável e nada é para sempre. Fora da modernidade iluminista e da crença no progresso do espírito humano e na crença da acumulação progressiva do conhecimento, vemos um discurso que prega a negação de estruturas estáveis do ser, que somente pode ser interpretado dentro do “evento que acontece no seu e nosso historicizar-se” (VATTIMO, 2002, p. VII-VIII), e onde passamos a ter uma distinta percepção acerca do tempo e da história, onde a sociedade de consumo se organiza em função de novas modas cada vez mais efêmeras, que criam consumidores cada vez mais ávidos por seus produtos.

Para Eagleton (1998, p. 7):

Pós-modernidade é uma linha de pensamento que questiona as noções clássicas de verdade, razão, identidade e objetividade, a idéia de progresso ou emancipação universal, os sistemas únicos, as grandes narrativas ou os fundamentos definitivos de explicação. Contrariando essas normas do iluminismo, vê o mundo como contingente, gratuito, diverso, instável, imprevisível, um conjunto de culturas ou

ENTRE ASPAS

interpretações desunificadas gerando um certo grau de ceticismo em relação à objetividade da verdade, da história e das normas, em relação às idiosincrasias e a coerência de identidades.

Todos esses elementos, retirados de uma “teoria geral” do pós-moderno, se disseminaram em todos os campos reputados científicos, inclusive no Direito, que deixa de ser caracterizado apenas pela centralidade da norma e da sanção, e passa a incorporar, com intensidade cada vez maior, elementos referentes à sua legitimação e “eticidade”, como veremos a seguir.

4. O Direito na Pós-Modernidade

A teoria iluminista do Direito, fruto da burguesia e do liberalismo, expressão de uma razão absoluta, onde as leis eram claras e dispensavam qualquer tipo de interpretação, vem sendo substituída em tempos de pós-modernidade por um novo apelo a princípios e elementos semanticamente vagos, que exigem do intérprete um trabalho de criação que, longe de extrair os sentidos “evidentes”, impõem um proceder ativo do leitor, cuja colmatação só pode ser extraída da estrutura social em que ele vive. Destarte, o operador do direito se transformou, com ele, num pequeno cientista social, a quem cabe captar os valores prestigiados no entorno em que cria a norma do caso concreto.

Como salienta Mendroni (2007), o Direito precisa ser analisado sob paradigmas atuais, o que impõe afastar-se de uma gênese eminentemente patrimonialista, em que estava voltado para a garantia dos direitos subjetivos individuais da burguesia em ascensão, passando hoje para a ênfase da solidariedade e daqueles que Bonavides (2001) chama de direitos de terceira e quarta geração. Essa alternância de ponto de vista, ao nosso ver, somente pode ser conseguido se:

a) Virmos o Direito como uma ciência que não está isolada das demais, que longe de constituir-se um sistema fechado, deve estar permeável à complexidade e ao diálogo com outros setores, admitindo a absorção de elementos que permitam uma avaliação crítica e reflexiva dos propósitos a que ele serve;

b) Reconhecermos que o Direito é linguagem e que algumas teorias sobre a interpretação, funcionamento e teoria da leitura conferem suporte teórico para o avanço da compreensão do fenômeno da hermenêutica e aplicação do Direito;

c) Estimularmos nos profissionais que lidam nesta seara o espírito crítico, que não deve se limitar a repetir as palavras da lei, mas questionar os seus propósitos e, ainda, reconhecer que são, como qualquer ser humano, pessoas clivadas pelo inconsciente, fruto de uma sociedade, de um determinado tipo de educação, enfim, submetidas a um conjunto de forças que moldam a maneira como representam a si e ao mundo que as cerca, e que se reproduz pela internalização destas disposições num *habitus* (BOURDIEU, 2007).

Captou bem o Prof. Bittar (2003) as mudanças entre o modelo de Direito individualista-burguês para o outro, pós-moderno, que lhe impõe transformações, salientando entre elas, a perda do conceito de universalidade da lei, visto que os atores sociais são diferentes entre si e merecem tratamento específico; a perda da objetividade do direito pelo reconhecimento de sua contaminação pelas forças políticas gestadas pelo fisiologismo partidário e pelos grupos

de influência (*lobbies* parlamentares); a falência do princípio da isonomia pela incapacidade do Estado de conseguir implementar um regime de assistência mínima a todos os cidadãos, com redução da pobreza, quer em esfera nacional ou alienígena.

Boaventura Santos (2005) também concorda com uma modificação paradigmática no modo de ser fazer o Direito, que não pode mais refletir o dualismo sujeito-objeto do período moderno. Era por meio desse expediente se conseguia cogitar uma separação absoluta entre as condições do conhecimento e o objeto do conhecimento, o que tornava possível um pensamento científico cujas conclusões eram atemporais e a-históricas. Hoje em dia, seja em Direito, Sociologia ou mesmo na Física (vide PRIGOGINE e STENGERS, 1997), é a historicidade que domina a cena, a demonstrar que todo conhecimento pode ser modificado, e que toda hipótese científica, na conclusão de Popper (2001), pode ser falseada sem que, com isto, perca o seu caráter científico.

A análise do Direito enquanto norma não foi um acidente ou um expediente de gênio de Kelsen ou de qualquer outro jus filósofo. Ela permitia que se apartassem, de um lado, o juiz, o advogado, o hermenêuta e, do outro, o objeto do direito, que, analisada sob uma perspectiva descontextualizada, permitia chegar a conclusões exatas e similares à das ciências da natureza.

O Direito moderno, codificador e legalista, impunha uma depuração do seu objeto de trabalho, reduzindo-o à norma como expediente necessário para a formação da dogmática, esvaziando-o de quaisquer discussões éticas (pela separação rígida entre Direito e Moral), linguísticas e retóricas (BITTAR, 2003). O Direito pós-moderno, no entanto, questiona essa concepção de ciência e a necessidade dessa depuração metodológica, partindo do conceito de discurso, que despreza as certezas inefáveis e que situa todos os textos produzidos como elementos vinculados à estrutura sociopolítica que lhe sustentam. Esses textos não são expressão de uma “razão transcendental”, apta a dotá-los de clareza indubitável a ponto de dispensar o ato interpretativo, mas elementos significantes de um tecido semiótico veiculado a relações de poder e dominação (STRECK, 2007).

O Direito pós-moderno, assim, é humano, demasiadamente humano, e vê no homem e na sua relação ética com os seus semelhantes o motivo do seu “refundamento”, o que o faz enfrentar a dura realidade do mundo globalizado, onde a lei já não é mais expressão da soberania ou de um Estado forte, e onde as crises econômicas e expansões mercadológicas cobrem o mundo e resultam num fortalecimento cada vez maior do internacionalismo legislativo com o consequente esvaziamento das noções de soberania e nação, que ficam subjugadas ante às organizações transnacionais costumeiramente dominadas pelas nações do chamado “Primeiro Mundo”, onde somos convidados a assistir à mais nova mutação da mentalidade colonialista e imperialista sob o novo nome de “nação global”, articulada entre os seus centros e as suas periferias.

5. Nova Teoria do Estado e o Novo Perfil do Judiciário

A grande discussão que atualmente se levanta, por meio da nova Teoria do Estado hoje gestada, é a da legitimidade, que nos convida a questionar criticamente as opções políticas feitas pelos governantes e legisladores e que, por outro lado, não se satisfaz com a tese da democracia como um expediente puramente procedimental (HABERMAS, 1998).

Agora não basta apenas a obediência a um rito consagrado por meio de uma norma hierarquicamente superior, que pretendia, sob os auspícios da mentalidade positivista moderna,

esgotar-se em si mesmo como fonte única do direito que identifica legalidade com legitimidade. O debate pós-moderno instaura uma discussão sobre a necessidade de opor a esse discurso formalista uma conquista ética e moral, polêmica essa que Streck (2007) adverte estar no centro de uma tentativa de justificação solidária do Estado. Também é por essa lógica que Boaventura Santos (2005) nos fala que o império da racionalidade cognitivo-instrumental deve ser substituído pela racionalidade do conhecimento-emancipação, tendente a capacitar os agentes à discussão racional dos pressupostos éticos do saber e do poder, de modo a prestigiar, em especial, o princípio da comunidade.

São essas noções que perpassam, por exemplo, uma obra pós-moderna sobre a Teoria Geral do Estado de Morris (2005), por exemplo.

Para ele, o Estado não deve ser tomado como um objeto acabado ou uma necessidade absoluta. Ele é, por um lado, um artifício e, por outro, um instrumento para a obtenção de imperativos de justiça e legitimidade. Por tal razão, “os Estados devem ser justificados em função de como beneficiam o povo; idealmente, portanto, eles se destinam a ser aventuras cooperativas para vantagem mútua” (MORRIS, 2005, p. 25).

Por isso o Estado não é uma entidade autônoma e nem um organismo com vida própria, destacada, em absoluto, das necessidades de seus membros. O seu traço característico mais acentuado é o “compromisso de fidelidade” com os seus cidadãos, prometendo e cumprindo as suas promessas. Por essa via, um Estado só se torna justificado se ele respeita a justiça, em especial os direitos humanos fundamentais.

Outra obra que segue a mesma linha é a Teoria do Estado de Martin Kriele (2009) em que a preocupação com a sua legitimidade predomina desde o primeiro capítulo, onde se destaca a necessidade do Direito não ser reduzido à forma ou à lei, já que, para além desses elementos, ele também está ligado à moral e, assim sendo, está comprometido, desde a raiz, com a instrumentalização de uma pauta mínima de existência digna.

Por esse viés, o estado não é; ele não é o final da experiência política humana, mas um *vir-a-ser* mutável no decorrer da história.

Dentro da teoria do Estado Liberal era natural que o Legislativo, formado pelos representantes populares – em especial da classe burguesa dominante – ocupassem uma posição de destaque entre as funções estatais. Isso ocorria por se tratar a lei (*lato sensu*) de fonte das fontes do direito.

No entanto, com a gradual e contínua modificação do conceito de lei, antes fruto do trabalho exauriente e penoso ligado a um longo processo legislativo, que levava a textos claros e completos, hoje a compressão do espaço-tempo do mundo pós-moderno faz com que o legislador ocupe uma posição de submissão em relação ao Executivo e ao Judiciário, o que pode ser constatado pela maior e mais frequente delegação que o mesmo admite em áreas antes referidas como suas, a exemplo dos provimentos legislativos de urgência emanados do Executivo (chamados em nosso país de medidas provisórias) e da uso na linguagem legal de termos semanticamente abertos ou vagos, o que garante uma maior longevidade aos textos mas, ao mesmo tempo, exige do aplicador que se substitua ao legislador no seu proceder hermenêutico (para uma abordagem mais detida sobre o tema vide GOMES, 2005).

Outras hipóteses acerca do desgaste do conceito de lei do Estado Liberal também podem ser encontradas, por exemplo, no trabalho de Hespanha (*apud* TAVARES, 2003, p. 53), que o atribui a três fatores especiais: “(i) desobediência generalizada à lei; (ii) não aplicação ou aplicação seletiva das leis pelos órgãos oficiais; (iii) ineficiência da aplicação coercitiva da lei entre os particulares.”

A crise da legalidade deixou patente que não adiantava apenas criarem-se leis. Era necessário que houvesse coragem e disposição para fazê-las cumprir, daí o avanteamento do Executivo.

Por outro lado, também fazia-se necessário que os cidadãos não ficassem à mercê apenas do Executivo para a implementação dessas leis. O novo paradigma pós-moderno do Direito amplia a legitimação dos atores sociais para a produção de efeitos conformes a Constituição, e admite que, ao lado do Executivo, também o Judiciário exerça um importante papel na concretização dessas promessas. Os magistrados, portanto, deixam de atuar apenas como coibidores dos excessos de interferência do Estado na esfera subjetiva individual para se tornarem em *catalisadores de mudanças sociais*, especialmente no caso de mora estatal.

Cappelletti (1999), confirmando a nossa assertiva, salienta que concomitante com o alargamento do espaço de atribuição do Executivo e com a explosão do *garantismo* social e o crescente aumento da interferência privada por meio da legislação, também o Judiciário teve a sua dimensão tornada mais complexa, em especial pela expansão da criatividade judicial na interpretação da lei e, ainda, pela teoria da superioridade normativa da Constituição, que põe o juiz em lugar de destaque em relação às demais funções.

Sob o prisma desse debate, Cornejo (2002) nos apresenta uma síntese das mudanças do papel do Judiciário nos dias de hoje.

No plano sociológico, o Estado atual não consegue fazer uma separação rigorosa com a sociedade civil de modo que segue sendo influenciado por uma multiplicidade de organismos nacionais e internacionais que lutam por interesses diversos e muitas vezes conflitantes. Ele não consegue, por isso, seguir perenemente uma linha liberal ou “garantista”, movimentando-se em tantas searas quantas sejam as articulações de forças que o impelem.

Um maneira sociológica de tentar explicar essa complexidade está na crise pós-moderna que gera a dissolução das identidades que são múltiplas e refratárias, obrigando os sujeitos, a todo instante, a escolher e transitar de maneira plural por tais meandros, retirando-lhe a serenidade.

Nessa “crise de sentido” em que vive o homem moderno, o Judiciário surge como uma espécie de último recurso ou trincheira, por meio do qual ele pode, ainda, depositar as esperanças de dispor de um terreno que lhe inspire segurança.

No plano jurídico, a crise da lei e da legislação faz com a aplicação desta deixe de ser matematicamente certa posto abranger em seu interior princípios e valores de grande amplitude semântica. Isso faz com que os magistrados sejam forçados a adquirir uma postura criativa na solução dos conflitos, que leve em conta os meandros do caso concreto. Isso, por outro lado, faz com que a tarefa hermenêutica não seja uma atividade certa ou previsível o que indica que o princípio da segurança jurídica, típico do Estado Liberal, esteja sendo mitigado por valores de confiança no Judiciário e na concretização das metas constitucionais ainda que, para tanto, tenha-se de, pontualmente, tornar menos homogênea a prática jurídica para dar-se primazia à melhor solução de acordo com o contexto, enriquecendo a atividade interpretativa por meio do pensamento tóxico.

Por fim, no plano político, estamos diante da crise da teoria da representação uma vez que, com o engrandecimento dos grupos intermediários entre Estado e indivíduo (fato esse que não constava da pauta liberal originária), hoje não se pode negar que vivemos uma democracia “neocorporativa” onde os partidos políticos, os sindicatos, as organizações não-governamentais chamam para si o protagonismo das lutas hegemônicas. Outro fator importante para a derrocada do modelo liberal deu-se com a introdução de uma “democracia midiática”

que apela para a personalização do poder por meio do recurso à imagem e a técnicas publicitárias para a “marketização” da política, que se transforma em mais uma *commodity* da sociedade de consumo tão bem delineada por Baudrillard (1995).

Todas essas ideias produzem um tipo renovado de juiz, cuja identidade e atividade exige o desempenho de uma atitude crítica em relação à realidade em que vive, devendo pautar a sua atividade hermenêutica sempre com vistas aos valores prestigiados pela Constituição e as garantias fundamentais encartadas nos Tratados e Acordos Internacionais, em especial sobre Direitos Humanos. É a ele que cabe passar da teoria à prática, ou seja, pautar o seu ofício na obtenção da máxima eficácia social almejada pela lógica deontológica contida na norma jurídica.

6. O Pós-Positivismo e o Neoconstitucionalismo

Essas ideias acerca do direito no presente desembocaram naquilo que costuma-se chamar de pós-positivismo, ou seja, um novo estágio do pensamento jurídico desmistifica as barreiras entre direito e moral, mais preocupada com a lógica axiológica do que com deontica, que desmistifica as barreiras entre a teoria e a prática, dando prevalência à esta última e à filosofia pragmatista que a sustenta, e que prestigia a Constituição acima de tudo, como elemento difuso de irrigação hermenêutica por todos os operadores do direito.

Assim como no termo pós-modernidade, a prefixo “pós” aqui empregada dá a ideia de superação, de que estamos vivendo um novo momento de compreensão do que é o Direito e, em especial, consolidando no tratamento do mesmo a sua feição instrumental, como elemento dinâmico de mudança da realidade.

Segundo Barroso (2001, p. 24), o pós-positivismo inicia-se na segunda metade do século XX, com o desgaste do ideário que reduzia o Direito à norma e à unidade legislativa de suas fontes. Ainda segundo ele, esse movimento ainda é muito novo para que se possa dar uma definição exata, podendo ser caracterizado por “uma volta aos valores, uma reaproximação entre ética e Direito” que se consolidam, em especial, nos princípios jurídicos partilhados socialmente e que estão abrigados na Constituição de maneira manifesta ou não, mas que têm irrecusável caráter imperativo e não meramente “programático”, enquanto limite negativo à discricionariedade legislativa.

Como se vê, tratar do pós-positivismo é trazer ao debate o enriquecimento da importância do Direito Constitucional como bússola de todo e qualquer ato hermenêutico, o que, por sua vez, também tem recebido a designação de “neoconstitucionalismo”.

Esses dois fenômenos são a cara e a coroa de uma mesma moeda, sendo que um restringe a sua análise ao campo do Direito Constitucional enquanto o outro, de maneira abrangente, procura propugnar uma mudança de paradigma de maior abrangência, que atinge em cheio a Filosofia do Direito e, a partir daí, se irradia para todas as demais disciplinas jurídicas.

Consoante Agra (2008, p. 435) os traços característicos do neoconstitucionalismo são:

- a) falência do padrão normativo que fora desenvolvido no século XVIII, baseado na supremacia do parlamento; b) influência da globalização; c) pós-modernidade; d) superação do positivismo clássico; e) centralidade dos direitos fundamentais; f) diferenciação qualitativa entre princípios e regras; g) revalorização do Direito.

Moreira (2008, p. 65) também faz um liame entre filosofia do direito e direito constitucional:

É por esse atrelamento – filosofia do direito e direito constitucional – que se vislumbra, no neoconstitucionalismo, uma teoria do direito que seja simultaneamente integradora e útil. Integradora porque não se separa da política, das decisões, da sociedade e da ética-moral, todos elementos presentes em um saber cultural. [...]

Por essa construção, o neoconstitucionalismo como teoria do direito, pode ser compreendido como paradigma que revisa a teoria da norma, a teoria da interpretação, a teoria das fontes, suplantando o positivismo, para, percorrendo as transformações teóricas nos diversos campos jurídicos integrá-las sob uma base útil e transformadora.

Já para Ávila (2008, p. 10) os traços do neoconstitucionalismo são:

Princípios em vez de regras (ou mais princípios do que regras); ponderação no lugar de subsunção (ou mais ponderação do que subsunção); justiça particular em vez de justiça geral (ou mais análise individual e concreta do que geral e abstrata); Poder Judiciário em vez dos Poderes Legislativo e Executivo (ou mais Poder Judiciário e menos Poder Legislativo e Executivo); Constituição em substituição à lei (ou maior, ou direta aplicação da Constituição em vez da lei)

Essa recolha é suficiente para observar que o pós-positivismo e o neoconstitucionalismo são, ambos, elementos associados às mudanças paradigmáticas da pós-modernidade e à sua nova forma crítica de pensar o presente.

Sem que se contextualize essas duas construções teóricas no bojo das mudanças na filosofia da ciência e na configuração do presente em forma de rede (CASTELLS, 2008) não conseguimos perceber a sua *nuance* hermenêutica afinal de contas, mais de que novas ideias no campo do direito, tanto uma quanto outra tendência visam dotar de dispositivos teóricos e práticos os operadores do direito para que possam tornar realidade esse programa de transformação social baseado na justiça social e nos valores sem que caiam no *jus naturalismo* raso, de justificações arbitrárias e com base numa razão autoritária e imobilizadora.

7. Ativismo Judicial

Para compreendermos o ativismo judicial é imprescindível que tenhamos visto a evolução no pensamento filosófico e *jus filosófico* para, contextualizando o problema, possamos ver que ele trata, essencialmente, da produção hermenêutica judicial que, hoje, vem associada à teoria da argumentação aplicada especialmente aos direitos fundamentais e à necessidade de uma refundação ética do pensamento jurídico.

Como vimos, essa mudança não se deu por acaso, sendo fruto de mudanças paradigmáticas no pensamento da função do Direito que acabaram por promover uma mutação da própria identidade do juiz e de sua atribuição processual.

Essa mudança pode ser facilmente verificada se nos socorremos das lições de Luiz

ENTRE ASPAS

Flávio Gomes (1997) e distribuímos os elementos que ele usa para caracterizar os três modelos de magistrado que ele observa com o passar do tempo, dentro do hiato que aqui indicamos como modernidade e pós-modernidade, conforme a tabela abaixo:

Juiz segundo o modelo empírico-primitivo	Juiz segundo o modelo tecno-burocrático	Juiz segundo o modelo democrático contemporâneo
• Seleção sem preocupação com o aspecto técnico; • Inexistência de concurso público; • Escolha política, político-partidária; • Adoção da 'cooptação' como forma de seleção; • Nível de serviço precário; • Ausência de grandes discussões jurídicas; • Juiz de perfil deteriorado, asséptico, neutro, nada politizado; • Subordinação ferrenha; • Inexistência ou precário controle de constitucionalidade das leis; • Cultura jurídica positivista-legalista.	• Magistratura técnica, burocrática, hierarquizada, 'eunuco político'; • Seleção dos juízes por concurso; • Estado de Direito regido pela legalidade e distante da constitucionalidade; • Inexistência de Democracia Substancial; • Pouca sensibilidade para as desigualdades sociais; • Rígido positivismo legalista; • Não aceitação da Jurisdição Internacional; • Juiz de perfil deteriorado, legalista, asséptico, neutro, 'carreirista'; • Independência mais formal.	• Seleção técnica de juízes; • Primazia do controle de constitucionalidade; • Juiz politizado, engajado eticamente; • Conhecedor do Direito Internacional, em especial dos Direitos Humanos; • Domínio da Jurisprudência Internacional; • Reduzida burocracia; • Magistratura 'pluralística e dinâmica'; • Liberdade de associação; • Preocupação com a construção do modelo constitucional.

A mudança no perfil daquilo que é ser juiz é uma tarefa do discurso sobre o ocupante desse cargo e, também, da Teoria Geral do Direito e da Filosofia do Direito, de modo que só podemos compreender o ativismo judicial se o imbricarmos com tais elementos.

Para o positivismo (que está vinculado a um pensamento voltado para as premissas da ciência moderna, conservadora), o ativismo judicial é algo ruim, tem um cunho pejorativo, tendo em vista que ele provocaria o solapamento da garantia da repartição de funções, concedendo ao magistrado excessivo poder de criação, deturpando, assim, a função legislativa, que deveria ser desempenhada apenas pelos representantes eleitos pelo voto popular.

Esse é o argumento central daqueles que atacam esse conceito.

Não obstante, como vimos, não se trata de aferir aqui quem está certo e quem está errado a esse respeito.

Só caberia um juízo de verdade ou de retidão caso ambas as discussões estivessem vinculadas a um mesmo ponto de vista, partilhando as mesmas premissas teóricas, o que não se dá aqui, já que o que está em discussão, enquanto questão de fundo, são os postulados pragmáticos da missão da ciência jurídica, no primeiro caso (modernidade) como objeto voltado para si mesmo, ou seja, que se esgota em si mesmo, no estudo da norma e na sua aplicação

silogística enquanto, no segundo caso (pós-modernidade), o Direito mostra-se aberto aos valores e, com isso, busca legitimação por meio de uma técnica de argumentação racional.

Assim sendo, a teoria do ativismo judicial, sob o enfoque pós-moderno, não pode em compreendida a não ser que se reconheça a existência de um hiato entre os sentidos da lei e a sua aplicação, que não pode ser colmatado apenas com o uso da lógica ou de uma racionalidade estritamente jurídica, demasiado pobre. Para isso, deve-se valer o juiz de recurso ao chamado “mundo da vida”, sendo necessária a sua capacitação como intérprete maior dessa “semântica social” que deve ser empregada na sua experiência da lei.

É prova disso a teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy (2008) cujo postulado central é a incapacidade da lógica de resolver os problemas da aplicação dos princípios jurídicos, em especial dos princípios jurídicos, estabelecendo que a possibilidade de colisão entre eles se resolve não com base em questões acerca da validade mas de *peso*, que devem levar em conta as circunstâncias do caso concreto.

Abandonamos, assim, um teoria do Direito cuja hermenêutica deixa de ser busca o sentido unívoco das palavras da lei, ou a visão do sistema jurídico como algo fechado, para admitir o primado da relatividade na interpretação jurídica e, em especial tendo em vista a necessidade de uma reflexão ética na *práxis* da distribuição da justiça, elementos esses que são característicos do pensamento científico pós-moderno.

Como aponta Ramos (2010, p. 110), a produção hermenêutica do juiz por meio do chamado ativismo

é elogiado por proporcionar a adaptação do direito diante de novas exigências sociais e de novas pautas axiológicas, em contraposição ao ‘passivismo’, que, guiado pelo propósito de respeito as opções do legislador ou dos precedentes passados, conduziria a estratificação dos padrões de conduta normativamente consagrados.

Tiago Neiva Santos (2007), por sua vez, aponta que o ativismo se destaca pelo maior acesso à justiça que se caracteriza na sociedade atual que, com isso, trouxe uma maior politização dos atores sociais que vêm no Judiciário o último recurso para a concretização das promessas constitucionais de justiça e igualdade social. Tratar-se-ia, portanto, de vivenciarmos um momento de transição, em que a sociedade começa a despertar para os direitos conquistados “no papel”, e desprezados, na prática, da Administração Pública, e que nesse estágio da organização social, têm com contar com o instrumental sancionatório específico de que é dotado o Judiciário para que, com a sua evolução no tempo, venha a fazer valer a sua vontade de forma direta, com outros instrumentos de coerção.

De fato, o âmbito daquilo que pode ser incluído no ativismo é bastante amplo, e apesar de não termos a pretensão de, neste artigo, proceder a uma definição desse fenômeno, consideramos importante destacar que o mesmo só pode ser pensado de um modo positivo se contextualizado com o pensamento científico pós-moderno e nas conquistas reflexas dentro da seara do Direito.

Uma tentativa de enumeração desse âmbito é apresentada em Santos (2010):

a supremacia hierárquica das normas constitucionais sobre todas as demais do ordenamento, revogando-as ou invalidando-as em caso de conflito; o caráter normogenético de boa parte dos preceitos constitucionais,

concretizados na estrutura lógica de normas-princípio, o que amplia sua incidência a outros quadrantes do ordenamento, porém, torna menos intensa sua capacidade regulatória direta; a fluidez e a decorrente imprecisão semântica (vagueza e ambiguidade) da linguagem constitucional, frequentemente referida a conceitos indeterminados de cunho valorativo; a fundamentalidade da maior parte das normas formalmente constitucionais, que dizem respeito a aspectos básicos da organização estatal e de seu relacionamento com a sociedade civil; a posição de supremacia funcional dos órgãos judiciários com atuação mais decisiva no tocante à interpretação-aplicação da Constituição, quer por lhes incumbir, a título exclusivo, o controle de constitucionalidade de atos e omissões legislativas (sistema europeu), quer por se tratar do órgão de cúpula do Poder Judiciário e que, nessa condição, tem a palavra final sobre questões constitucionais (sistema estadunidense) (RAMOS, *idem*, 139-140)

8. Conclusão

Através desse artigo buscamos apresentar uma visão panorâmica e integradora de elementos da Filosofia da Ciência e da Filosofia do Direito para mostrar que, apenas com base nesse entendimento é que podemos situar o conceito do ativismo judicial, tema que tem sido discutido há relativamente pouco tempo.

Com base nisso fizemos ver que a noção de ativismo está relacionada com o pensamento pós-moderno, em especial a doutrina neoconstitucional e o pós-positivismo, que valoriza uma reflexão ética no ato de aplicação da lei, seja ela de que hierarquia normativa for.

Também vimos que a própria identidade do juiz e a sua função no processo se modificou com o passar do tempo, exigindo-se desse profissional, na atualidade, o desempenho de um protagonismo hermenêutico que valorize o ato de aplicação da lei como um ato de concretização das promessas constitucionais, o que faz permear o pensamento principiológico e dos direitos fundamentais em todo e qualquer ato exegético.

Com isso, visamos esclarecer os operadores do direito para a necessidade de reflexão sobre esses temas, em especial os magistrados que, sufocados com o cumprimento de metas de toda sorte, têm de tentar buscar a serenidade de conciliar as ordens de produtividade acelerada de sentenças, em escala industrial, com a necessidade de não se tornarem insensíveis à importância de seu papel social, como auxiliares na transformação da realidade em nosso país.

Referências

AGRA, Walber de Moura. Neoconstitucionalismo e superação do positivismo. In: DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Oto (coord.). *Teoria do Direito Neoconstitucional: superação ou reconstrução do positivismo jurídico?* São Paulo: Método, 2008.

ANDERSON, Perry. *As origens da pós-modernidade*. Tradução Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência”. *Revista Brasileira*

de *Direito Público*, Belo Horizonte, ano 6, n. 23, p. 9-30, out./dez. 2008.

BANFI, Antonio. *Galileu*. Lisboa: Edições 70, 1986.

BARCELLOS, Ana Paula. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. *Mundo Jurídico*, s.l., Nov. 2010. Disponível em: <www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto853.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2010.

BARROSO, Luís Roberto. *Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)*. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 225, p. 5-37, jul./set. 2001.

BAUDRILLARD, Jean. *A sociedade de consumo*. Tradução de Artur Morão. Rio de Janeiro: Elfos; Lisboa: Edições 70, 1995.

BEYSSADE, Michele. *Descartes*. Lisboa: Edições 70, 1991.

BITTAR, Eduardo C. B. *A crise do Direito na Pós-Modernidade: um balanço jusfilosófico da experiência brasileira contemporânea*. 2003. 389 f. Tese de Livre-Docência pelo Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 7ª rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1997.

BOURDIEU, Pierre. *Outline of a Theory of Practice*. Tradução de Richard Nice. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

CASTELS, Manuel. *A sociedade em rede*. A Era da Informação: Economia, Sociedade e Cultura. v. 1. Tradução de Roneide Venâncio Majer. 11ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 2008.

CORNEJO, Valentin Thury. *Juez y division de poderes hoy*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2002.

DAVIES, Paul. *Other Worlds: Space, Superspace and the Quantum Universe*. London: Penguin, 1990.

DESCARTES, René. *Discurso do método: Meditações ; Objeções e respostas ; As paixões da alma ; Cartas*. Coleção Os Pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

EAGLETON, Terry. *As ilusões do Pós-Modernismo*. Tradução Elisabeth Barbosa. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

GOMES, Luiz Flávio. *Da Dimensão da Magistratura no Estado Constitucional e Democrático de Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GOMES, Mário Soares Caymmi. Crise do Conceito de Legalidade: aproximações. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 6, n. 21, p. 198-222, jan./mar. 2005.

_____. *A identidade da magistratura na narrativa jurídica: uma perspectiva da análise de discurso crítica*. 2009. 208 f. Dissertação de Mestrado em Linguística – Instituto de Letras, Universidade Federal da Bahia, Salvador.

ENTRE ASPAS

HABERMAS, Jürgen. *Between facts and norms: contributions to a discourse theory of Law and Democracy*. Tradução William Rehg. Cambridge: MIT Press, 1998.

HOBBSBAWM, Eric. *The age of capital 1848-1875*. New York: Vintage Books, 1977.

KOYRÉ, Alexandre. *Estudos de história do pensamento científico*. Rio de Janeiro: Forense; Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1986.

_____. *Do mundo fechado ao universo infinito*. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

KRIELE, Martin. *Introdução à Teoria do Estado*. Tradução de Urbano Carvelli. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2009.

LACHMAN, Sheldon J. *The Foundations of Science*. Detroit: Hamilton, 1956.

LYOTARD, Jean-François. *A condição pós-moderna*. Tradução de Ricardo Corrêa Barbosa. 9ª ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 2006.

MENDRONI, Fernando Batlouni. *A Crise da Modernidade e a Filosofia do Direito*. Dissertação de Mestrado apresentado à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2007. 135 fls.

MONTESQUIEU. *O Espírito das Leis*. Tradução de Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. Neoconstitucionalismo e teoria da interpretação. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 63, p. 64-80, abr./jun. 2008.

MORRIS, Christopher W. *Um ensaio sobre o Estado Moderno*. Tradução Sylmara Beletti. São Paulo: Landy, 2005.

POPPER, Karl R. *A lógica da pesquisa científica*. 9ª ed. Tradução Leônidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota. São Paulo: Cultrix, 2001.

PRIGOGINE, Ilya; STENGERS, Isabelle. *A Nova Aliança – Metamorfose da Ciência*. Tradução Miguel Faria e Maria Joaquina Machado Trincheira. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1997.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social - Ensaio sobre a origem das línguas – Discurso sobre a origem e o fundamento da desigualdade entre os homens*. Tradução de Lourdes Santos Machado. São Paulo: Nova Cultural, 1991.

ROY, Virendra K. *Postindustrial Society and Postmodernism*. Delhi: S.S., 2003.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. 5ª ed. São Paulo: Cortez, 2005.

SANTOS, Tiago Neiva. Uma visão democrática sobre o aspecto político da jurisdição constitucional. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 44, n. 173, p. 271-284, jan./mar. 2007.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(em) Crise*: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 7ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

TAVARES, André Ramos. *Teoria da Justiça Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2003.

TOURAINE, Alain. *Crítica da Modernidade*. Tradução Elia Ferreira Edel. Petrópolis: Vozes, 1998.

TOYNBEE, Arnold. *A study of History*. London: Thames and Hudson, 1954.

VATTIMO, Gianni. *O Fim da Modernidade*: Nihilismo e hermenêutica na cultura pós-moderna. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

WOODWARD, Kathryn. Identidade e Diferença: uma introdução teórica e conceitual. In: SILVA, Tomaz Tadeu da. *Identidade e Diferença*: a perspectiva dos Estudos Culturais. 2ª ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2003. p. 7-72.

SUSPENSÃO DOS DIREITOS POLÍTICOS NA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Rita de Cássia Ramos de Carvalho

Especialista em Direito Eleitoral, Pós Graduada em Direito Civil e Direito Municipal pela Faculdade de Direito da UFBA - Universidade Federal da Bahia e Pós Graduada em Direito, Justiça e Cidadania pela Faculdade Maurício de Nassau, Doutoranda em Direito Civil pela Facultad de Derecho da UBA – Universidad de Buenos Aires, Juíza de Direito da Vara Cível, da Comarca de Itaparica-Ba. Avenida Beira Mar, Fórum Des. Antonio Bensabath, s/n, Itaparica, (71) 3682-1026.

Resumo: O presente artigo objetiva analisar a Lei n.º 8.429/92, que reza sobre as sanções dos agentes públicos que praticam atos de improbidade. Destaca os atos de improbidade, aqueles que se referem ao enriquecimento ilícito, que provocam prejuízo ao patrimônio e que vão de encontro aos princípios da administração pública. Conceitua os sujeitos e os atos de improbidade. Analisa a aplicabilidade das sanções previstas na Lei de Improbidade e, conclui que existem hoje, no ordenamento jurídico brasileiro, quatro esferas de responsabilidade pelas quais respondem os agentes públicos, sendo elas: civil, penal, administrativa e atos de improbidade administrativa. Enfatiza especialmente a perda e suspensão dos direitos políticos. Utiliza as seguintes fontes: a Constituição da República Federativa do Brasil, especificadamente o artigo 37, caput e § 4º; as legislações referente ao tema, destacando-se a Lei n.º 8.429/92. Ainda como fonte, usa-se jurisprudência das Egrégias Cortes, Tribunais Superiores; além de livros de doutrina; de artigos e da rede da internet.

Palavras-Chave: Improbidade. Atos de Improbidade. Suspensão dos direitos políticos.

1. Introdução

A cada dia que passa neste país, escândalos envolvendo os agentes políticos, e terceiros, acerca de malversação de recursos públicos, de logo, é dado conhecimento a toda população, através da imprensa. Aqui, vale salientar que não se trata da corrupção tipificada nos artigos 317 e 333 do Código Penal, mas toda a forma de comprometimento dos princípios que formam a Administração Pública, envolvendo os servidores do mais baixo nível hierárquico ao topo da pirâmide, e ainda os corruptores, aqueles que oferecem propinas e demais benefícios.

Como se sabe, há muito se prolifera esse mal, não apenas no Brasil, como em todos os países do mundo, porém, principalmente em países subdesenvolvidos o nível de corrupção é ainda mais elevado. Na Carta Federativa do Brasil, o artigo 37, em seu caput, dispõe os princípios

constitucionais da Administração Pública, quais sejam eles: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Além disso, o § 4º do mesmo dispositivo legal, numa clara demonstração de tentativa de combate a corrupção, consagrou o chamado subprincípio da probidade administrativa, ao consignar que os atos de improbidade sofreriam punições como a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, sendo certo que o objetivo é fazer com que os agentes públicos sejam probos, éticos e honestos, pois caso contrário, serão punidos.

Ocorre que o § 4º do art. 37 da Carta, não era uma norma de eficácia plena e sim de eficácia limitada, necessitando, portanto de uma norma infraconstitucional que lhe desse eficácia. Assim, foi proposta e sancionada pelo Presidente Fernando Collor de Mello, a denominada Lei de Improbidade nº 8.429, de 2 de junho de 1992.

A Lei de Improbidade Administrativa, não pune a mera ilegalidade, mas sim a conduta ilegal ou imoral do agente público e de todo aquele que o auxilie, voltada para a corrupção, tendo como finalidade a punição dos agentes ímprobos que praticam atos imorais, ilegais e desonestos, desrespeitando toda a sociedade que muitas vezes votou naquele agente político acreditando em promessas que são completamente esquecidas quando se chega ao Poder Executivo ou Legislativo.

Cumprir registrar que o interesse pelo tema, *ex surge*, do grau de importância que se entende possuir a Lei de Improbidade e a necessidade de que ela seja posta em prática, devendo suas sanções ser aplicadas a todos aqueles que praticam os respectivos atos descritos na Lei, pois a vontade do legislador foi a de ampliar ao máximo, para que todos possam sofrer as sanções, restando claro que tal proibição em responsabilizar-se os mais altos mandatários da República por atos de improbidade administrativa, não parece ferir os princípios republicanos, em especial, o princípio da igualdade, legalidade e moralidade administrativa.

O trabalho aqui presente inicia-se conceituando a improbidade administrativa, e em seguida, caracteriza os atos de improbidade previstos nos arts. 9º, 10 e 11 da mencionada Lei. Refere-se ainda à Improbidade, sua inter-relação com a ação civil pública, consoante previsão expressa do art. 8º da Lei n.º 8.429/92 e, finalmente, conclui-se com as questões atinentes às sanções previstas na Lei de Improbidade.

2. Histórico

O combate a corrupção sempre foi a grande luta de todos aqueles que zelam pela moralidade e pela garantia dos princípios constitucionais da probidade. Esta preocupação é uma constante em toda civilização, desde aquela mais antiga até os dias de hoje.

Reportando ao direito romano, época da pena capital, tais penas, com o passar dos anos, foram substituídas, não mais se aplicavam as penas capitais, e sim impunha-se que o corrupto ressarcisse aquilo que recebeu de forma indevida. Porém, como essa pena também não foi suficiente para o controle dos atos, que persistiram, face a corrupção existente, já enraizada à vida cotidiana da sociedade local, elaboraram-se novas leis, todavia, não fora eficiente para frear o *modus operandi* daqueles que costumeiramente utilizam a corrupção como instrumento no seu dia a dia. Por isso que na Idade Média, estabeleceu-se a pena para os Juízes corruptos e os agentes públicos, de restituição do patrimônio em quádruplo, cumulado com a perda dos direitos. Sobre o assunto, cite-se: “na idade média, era punida não só a corrupção dos juízes como a de outros agentes públicos, o que era normalmente feito de forma arbitrária pelo soberano” (GARCIA e ALVES, 2002, P.133).

No Direito Comparado, observa-se que nos Estados Unidos a Constituição tratou sobre a matéria da seguinte forma:

“Constituição dos Estados Unidos em seu art. II, Seção, 4, que o Presidente da República, o Vice Presidente e todos os funcionários civis estão destituídos de seus cargos sempre que acusados e condenados por traição, corrupção ou outros crimes”(Idem, p.134)

Da mesma forma na França, face a corrupção e as seqüelas oriundas do governo anterior à Revolução Francesa, gerando por isso leis mais rígidas, para combate à corrupção, responsabilizando-se o agente público pelo prejuízo e dano que causou ao particular. Posteriormente, houve uma evolução na legislação francesa, pois entendeu-se que aquele infrator deveria também ressarcir o patrimônio do Estado, como obrigação pela prática de sua infração penal, não sendo crível, aceitar-se a sua responsabilidade penal e dispensar-se a civil.

Em relação ao nosso país, vale dizer que a intenção do legislador sempre esteve presente no nosso ordenamento jurídico, através das leis infraconstitucionais, além da própria Constituição Federal. A única Constituição que não se inclui é a de 1824, visto que elegeu no seu artigo 99, a irresponsabilidade do Imperador, as demais sempre constaram em seu bojo, a responsabilidade do chefe de Estado por infração à probidade.

A Constituição Cidadã de 1988, ao descrever a Improbidade Administrativa e prever a regulação por lei infraconstitucional, estabeleceu a partir daí maior liberdade para o legislador poder delimitar, combater e punir na seara de sua competência, os atos que ofendem, que vão de encontro, que infringem os princípios da administração pública, os atos que causam dano e prejuízo ao erário, provocando o enriquecimento ilícito.

Desta forma, leis foram elaboradas, objetivando evitar a prática da improbidade, ainda sobre à luz da Constituição de 1946: as Leis nºs 3.164/57 e 3.502/58. A Primeira, chamada Lei Pitombo-Godói Ilha, em consideração ao autor do projeto de lei, deputado Ari Pitombo e de seu relator, deputado Godói Ilha que dava poderes tanto ao Ministério Público, como a qualquer pessoa do povo para ajuizar ação referente à enriquecimento ilícito de servidor público. Mas essa lei, não surtiu efeito prático, face inexistência de facilidade de produção de prova de nexo causal. Porém, por outro lado, previu no seu artigo 1º, o seqüestro cautelar e o perdimento de bens adquiridos pelo servidor em função de influência ou abuso de cargo, em favor da Fazenda Pública, sem prejuízo da responsabilidade criminal.

Quanto à Lei 3.502, de 21 de dezembro de 1958, denominada Lei Bilac Pinto, previa o seqüestro e perdimento dos bens, em virtude de prática de enriquecimento ilícito do servidor público, utilizando-se de influência ou abuso do seu cargo ou de sua função pública. Não havia nesta lei previsão para o Ministério Público propor a ação cabível, porém tal legitimidade permaneceu, por força da Lei 3.164/57. Reconhece-se que tal lei foi ineficaz, vez que as dificuldades permaneceram no tocante as provas, além da inexistência da tipificação legal, bem como não constar a sanção ao agente infrator, mas de certa forma trouxe certa minúcia ao elencar hipóteses de enriquecimento ilícito nos artigos 2º, 3º e 4º, exemplificando e enquadrando a tipificação.

Em seguida, veio o Golpe Militar de 1964, e com ele, o Ato Institucional nº 5 de 13 de dezembro de 1968, que outorgou ao Presidente da República poderes para confiscar bens de todos que enriqueceram de maneira ilícita, no exercício do cargo ou função pública.

Com a Lei nº 4.717/65, que reza sobre Ação Popular, apesar de não estabelecer sanção ao infrator da improbidade, é um importante instrumento de combate à corrupção, e consequente

obrigação a ressarcimento do erário e patrimônio. Importante destacar que teve sua origem na Constituição de 1934, artigo 113, inciso 38, sendo suprimida pela Constituição de 1937 e restabelecida na Carta de 1946, através do artigo 141, § 38, mantida na Constituição Federal de 1967, no § 31 do artigo 150, ratificada pela Emenda nº 1/69, no § 31 do artigo 31 do artigo 153. Com o advento da Lei 4.717/65, apenas o cidadão nacional, em gozo dos direitos políticos, tinha legitimidade e tal situação é devidamente comprovada com a demonstração da exibição do título eleitoral ou qualquer outro documento comprobatório. A Constituição de 1988 ampliou mais ainda o alcance da ação popular, no seu artigo 5º, inciso LXXIII, ao dispor que

“qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e ônus da sucumbência”

Finalmente, surgiu a Lei nº 8.429/92, que revogou expressamente as leis 3.164 de 1º de junho de 1957 e 3.504 de 21 de dezembro de 1958, estando a vigor até a presente data e que representa para a nossa sociedade um bálsamo para o combate à corrupção, apesar das dificuldades apresentadas para o seu efetivo cumprimento.

3. Da Improbidade Administrativa

Improbidade vem do latim, “improbitate”, que significa desonestidade, sendo que no Direito vêm associado à conduta do administrador amplamente considerado. Para Francisco da Silveira Bueno, improbidade significa desonradez, canalhice, falta de honra, desonestidade. Mister se faz mencionar acerca do conceito de “improbidade administrativa” trazido pela doutrina e pela legislação brasileira.

A conceituação de Marçal Justen Filho é técnica e vale a pena transcrever:

“a improbidade administrativa consiste na conduta econômica eticamente reprovável praticada pelo agente estatal, consistente no exercício indevido de competência administrativa que acarrete prejuízo aos cofres públicos, com a frustração de valores constitucionais fundamentais, visando ou não a obtenção de vantagem pecuniária indevida para si ou para outrem, que sujeita o agente a punição complexa e unitária, de natureza penal, administrativa e civil, tal como definida em lei.” (JUSTEN FILHO, 2005.)

A Lei n.º 8.429, de 03 de junho de 1992, que veio com a finalidade precípua de combater a prática de atos que vão de encontro aos princípios que devem nortear a atuação dos agentes perante a Administração, é omissa quanto ao conceito de improbidade administrativa, e, considerando que o Supremo Tribunal Federal ainda não se pronunciou sobre a definição do termo, muitos são os autores que já definiram o significado jurídico do que seria a “improbidade administrativa”.

Já Maria Sylvia Di Pietro afirma que:

ENTRE ASPAS

[...] quando se exige probidade ou moralidade administrativa, isso significa que não basta a legalidade formal, restrita, da atuação administrativa, com observância da lei; é preciso também a observância de princípios éticos, de lealdade, de boa-fé, de regras que assegurem a boa administração e a disciplina interna na Administração Pública. (DI PIETRO, 2006, p.766)

Com isso, a mencionada norma legal definiu os sujeitos que podem cometer atos de improbidade, além de prescrever quais são esses atos e prever as punições aplicáveis àqueles que praticarem os denominados “atos ímprobos”.

Assim, é possível afirmar que a improbidade é a violação da ética e dos princípios constitucionais administrativos (art. 37, caput da Constituição Federal), pode ainda, causar prejuízo ao erário e, também, resultar no enriquecimento ilícito daquele que pratica o ato de improbidade. Como se pode perceber, a improbidade administrativa se correlaciona profundamente com a corrupção, um mal que abrange todas, ou quase todas, as sociedades do mundo moderno. Mas não se deve pensar que a corrupção é algo novo. Há muito já se tentava combatê-la.

A Constituição da República Federativa do Brasil, tida como a fonte normativa principal sobre a matéria improbidade trazendo como novidade o já conceituado termo “improbidade administrativa” e prevendo sanções severas para aqueles que agissem de modo ímprobo, conforme disposto no § 4º do art. 37, determina que:

“Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível”

Com a promulgação da Lei n.º 8.429/9226, em 02 de junho de 1992, que veio para dar eficácia plena ao disposto no art. 37 § 4º da Constituição Federal de 1988, definindo quais seriam os chamados “atos de improbidade administrativa”, no Capítulo II, *Dos Atos de Improbidade Administrativa*, consta a Seção I, onde dispõe *Dos Atos de Improbidade Administrativa que Importam em Enriquecimento Ilícito*, extraíndo-se daí o artigo 9º, contendo as condutas previstas ilícitas, consta a Seção II, dispondo *Dos Atos de Improbidade que Causam Prejuízo ao Erário*, com previsão no artigo 10 das condutas típicas ímprobos, e na Seção III, temos *Dos Atos de Improbidade Administrativa que Atentam Contra os Princípios da Administração Pública*, de acordo com as condutas tipificadas no artigo 11. Os Atos restaram classificados em três tipos: a) atos que importam enriquecimento ilícito, b) atos que causam prejuízo ao erário e, c) atos que atentam contra os princípios da Administração Pública, que serão pormenorizados mais à frente.

4. A Ação de Improbidade

A ação de conhecimento, descrita no artigo 17 da Lei de Improbidade Administrativa, específica e indicada para a aplicação da penalidade tipificada no artigo 12 da referida lei, adequada para desconstituir a prática ilegal do agente ímprobo, com a sanção prevista cumulada com indenização, é chamada por Ação de Improbidade Administrativa.

Já nas palavras do Ministro do Superior Tribunal de Justiça, José Augusto Delgado, existem, ao menos, três correntes sobre a natureza jurídica da legislação em estudo, quais sejam: natureza cível no sentido lato; natureza penal; e natureza variável. (DELGADO, apud BUENO, PORTO FILHO, 2001, p. 213)

A primeira corrente, que é defendida por ampla maioria dos doutrinadores, afirma que a Lei de Improbidade Administrativa possui natureza administrativa e patrimonial (cível no sentido lato), pois o próprio texto constitucional assim expressou quando determinou que “os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível” (IDEM, p.216)

A segunda corrente entende que a natureza jurídica assumida na Lei de Improbidade se refere a questão penal, pelo fato do conteúdo inserto na norma ser preponderantemente de Direito Penal.

Ora, se os próprios constituintes originários entenderam que existe a possibilidade de uma ação penal para reprimir tais atos, além da ação já prevista na norma constitucional retro mencionada, seria ilógico afirmar que a Lei de Improbidade possui natureza jurídica penal.

Por último, a terceira corrente, conhecida por natureza variável, conforme afirmado por José Delgado adota uma posição eclética, pelo fato de entender que, dependendo da autoridade que vier a ser chamada para integrar o pólo passivo da ação de improbidade, ela terá a natureza de espelhar crimes políticos, de responsabilidade, ou de responsabilidade patrimonial e administrativa. Trata-se de uma corrente menos conhecida, mas não deixa de ser válida para ilustrar nosso trabalho.

5. Os Sujeitos e o Ato de Improbidade

Como foi dito, a Lei de Improbidade Administrativa define quem são os sujeitos que podem praticar os denominados “atos de improbidade” elencados nos arts. 9º, 10 e 11, e define também quem são os sujeitos passíveis de sofrerem atos de improbidade.

5.1. Dos Sujeitos

Com relação ao sujeito passivo, no momento em que há uma conduta ilícita, violando o preceito normativo, haverá a lesão do bem tutelado e, por conseguinte, o direito de alguém.

É possível então afirmar que, os sujeitos que serão as vítimas do ato causado pelo ímprobo, em virtude de terem sido lesados pelos sujeitos ativos, são aqueles definidos no artigo 1º, caput e parágrafo único da Lei n.º 8.429/92, *in verbis*:

Art. 1º Os atos de improbidade praticados por qualquer agente público, servidor ou não, contra a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, serão punidos na forma desta lei.

ENTRE ASPAS

Parágrafo único. Estão também sujeitos às penalidades desta lei os atos de improbidade praticados contra o patrimônio de entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público bem como daquelas para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, limitando-se, nestes casos, a sanção patrimonial à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos.

Os três grupos de sujeitos passivos principais existentes na Lei em comento seriam as pessoas da Administração Direta, as entidades que compõem a Federação quais sejam: União, Estado, Município e Distrito Federal; no segundo grupo estariam as pessoas da administração indireta como autarquias, fundações governamentais, empresas públicas e sociedade de economia mista, devendo ser incluído nesse grupo a empresa incorporada ao patrimônio público; o terceiro grupo seria o de pessoas que o erário tenha contribuído (criação) ou contribua (custeio) com mais de 50% do patrimônio ou da receita anual.

Os sujeitos ativos dos atos de improbidade são aqueles que podem figurar no pólo ativo de uma eventual ação de improbidade administrativa, devido à prática de um dos atos de improbidade definidos nos art. 9º, 10, e 11 da Lei n.º 8.429/92. Estão definidos no artigo 1º, caput, e no artigo 3º, conforme acima transcrito.

Depreende-se do texto da lei que o primeiro sujeito ativo elencado são os chamados agentes públicos, que são, na verdade, os agentes políticos, servidores públicos, agentes particulares em colaboração, agentes meramente particulares e terceiros. E, sobre o agente político, o legislador se preocupou em definir quem pode ser considerado agente público para os fins da Lei de Improbidade.

Hely Lopes Meirelles defende que agentes políticos

“[...] são os componentes do Governo nos seus primeiros escalões, investidos em cargos, funções, mandatos ou comissões, por nomeação, eleição, designação ou delegação para o exercício de atribuições constitucionais. Esses agentes atuam com plena liberdade funcional, desempenhando suas atribuições com prerrogativas e responsabilidades próprias, estabelecidas na Constituição e em leis especiais. Têm normas específicas para sua escolha, investidura, conduta e processo por crimes funcionais e de responsabilidade, que lhe são privativos.” (MEIRELLES, 1999, p.71).

Para este autor, estariam incluídos neste conceito, os Chefes do Poder Executivo, Ministros e Secretários, membros do Poder Legislativo (federal, estadual e municipal), do Poder Judiciário, do Ministério Público, dos Tribunais de Contas, os representantes diplomáticos e “...demais autoridades que atuem com independência funcional no desempenho de atribuições governamentais, judiciais, ou quase judiciais...”. (Idem, p.71)

Sobre o servidor público, em geral, são aqueles que mantêm vínculos de trabalho profissional com entidades governamentais, em cargo ou em emprego da União, Estado, Distrito Federal, Município, Autarquias e Fundações de Direito Público.

Os agentes particulares em colaboração com o Poder Público são pessoas físicas que prestam serviços ao Estado, sem vínculo empregatício, com ou sem remuneração. Poderão

responder pelos atos de improbidade administrativa que venham a praticar, pois são considerados agentes públicos, mesmo que atuem por apenas determinado período de tempo, sem perceber remuneração e sem existir qualquer vínculo empregatício, pois estão naquela função pública mediante requisição, nomeação ou designação do Poder Público, agindo como parte integrante da administração pública.

Os agentes meramente particulares são aqueles que não executam nenhuma função de natureza pública e mantêm um vínculo com o ente recebedor de numerário público (ex: sócio-quotista de empresa beneficiária de incentivos fiscais).

Sobre os terceiros citados no artigo são aqueles previstos no art. 3º da Lei de Improbidade Administrativa, que prescreve a aplicação àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta.

O artigo 2º da lei de improbidade define as pessoas passíveis de sanção pela prática de ato de improbidade, são aquelas que exercem, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, contratação, designação, nomeação ou qualquer investidura, mandato, cargo, emprego ou função na administração direta ou indireta, ou custeio o erário tenha concorrido com mais de metade do patrimônio ou da receita anual, ou mesmo não sendo agente político, induza ou concorra de forma direta ou indireta.

5.2. Os Atos de Improbidade

A Lei n.º 8.429/92 declina claramente no *caput* e nos incisos dos artigos 9º, 10, e 11, quais seriam as condutas que caracterizam os atos de improbidade administrativa, ou seja, aquelas que importam em enriquecimento ilícito, que causam prejuízo ao erário e, que atentam contra os princípios da Administração Pública.

Os atos que importam em enriquecimento ilícito, requerido no artigo 9º da retrocitada lei é possível ilustrar com os seguintes exemplos: receber para si ou para outrem, dinheiro, móvel ou imóvel, vantagem econômica, direta ou indireta, a título de comissão, percentual ou gratificação, ou presente de quem tenha algum interesse direto ou indireto e tenha sido atingido por ação ou omissão decorrente de atribuição do agente público; utilização em obra ou serviço particular de veículo, máquina, equipamento ou material de propriedade ou à disposição de entidades elencadas no artigo 1º, ou trabalhos de servidores públicos, ou terceiros contratados, receber vantagem direta ou indireta para viabilizar aquisição, negociação ou locação de bem móvel ou imóvel, contratação de serviços pelas entidades estatais por valores superior ao de mercado ou alienação de bens ou fornecimento de serviço por ente estatal por preço inferior ao valor de mercado.

Já os atos de improbidade de lesão ao erário, por ação ou omissão dolosa ou culposa, se resumem, dentre outros, como: facilitar ou concorrer para incorporação ao patrimônio pessoal, de pessoa física ou jurídica, de bens, rendas, verbas ou valores integrados do acervo patrimonial das entidades referidas no art. 1º ou a prestação de serviço por parte delas, por preço inferior ao de mercado, ou até mesmo, inviabilizar e o processo de licitação.

Por derradeiro, os atos que atentam aos princípios da Administração Pública: prática de ato defeso em lei ou regulamento diverso do que o prescrito em lei, retardar ou não praticar ato de ofício, não publicar atos oficiais, frustrar a prática lícita de concurso público, não prestar contas quando está obrigado, revelar fatos que tem conhecimento por conta de atribuições profissionais, e por isso deveria permanecer em segredo.

ENTRE ASPAS

Analisando-se concretamente os atos de improbidade administrativa, vê-se claramente que todo ato fere um ou mais princípios da Administração Pública, com violação do artigo 11 da citada lei, acrescentando-se as sanções previstas aos artigos 9º e 10º da referida lei.

Observa-se que para a ocorrência do enriquecimento indevido, exige-se o enriquecimento de alguém, o qual pode ser de ordem material, intelectual ou moral; o empobrecimento de outrem, quer seja positivo (ex: perda patrimonial) ou negativo (ex: não-pagamento de um serviço prestado); ausência de justa causa, vale dizer, o enriquecimento deve ser desvinculado do direito, não podendo advir da vontade do empobrecido, ou decorrer de obrigação preexistente ou da lei; nexo-causal entre o enriquecimento e o empobrecimento, sendo que cada um destes elementos deve estar ligado ao outro em uma relação de causa e efeito. O ato ilegal, para ser caracterizado como ato de improbidade administrativa, deve ser doloso ou enquadrado no mínimo como culpa gravíssima. Sobre o assunto, importante transcrever, os ensinamentos de Hely Lopes Meireles, Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes:

“A jurisprudência mostra-se hoje consolidada a respeito da matéria, exigindo-se a demonstração da má-fé do agente público para que ele seja responsabilizado com base na lei da Improbidade Administrativa, aplicando-se o princípio da razoabilidade, pois nem sempre a mera ilegalidade de um determinado ato é suficiente para caracterizar a improbidade do agente. Na feliz expressão do STJ, “a lei alcança o administrador desonesto do agente, não o inábil” (REsp n. 213.994-MG, Rel. Min. Garcia Vieira, DJU 27.9.99, p.59) (MEIRELLES, 2009, p.244)

Por outro lado, sob a ótica da improbidade administrativa, analisando o artigo 9º, observam-se outros elementos formadores do ato de enriquecimento ilícito, além do necessário dolo do agente: o enriquecimento ilícito do agente; que se trate de agente que ocupe cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades elencadas no art. 1º, ou mesmo o *extraneus* que concorra para a prática do ato ou dele se beneficie (arts. 3º e 6º); a ausência de justa causa, devendo se tratar de vantagem indevida, sem qualquer correspondência com os subsídios ou vencimentos recebidos pelo agente público; d) relação de causalidade entre a vantagem indevida e o exercício do cargo, pois a lei não deixa margem a dúvidas ao falar em vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, este é o pensamento esposado por Garcia Alves.

Desta forma, vale dizer que não se admite a forma culposa; são todos dolosos, não há como se falar em enriquecimento ilícito culposo ou involuntário. Este é o pensamento de Pazzaglini Filho, que diz que:

Logo, não há que se falar em enriquecimento ilícito involuntário ou culposo. Não é curial, nem lógico, v.g., o recebimento de comissão, gratificação ou porcentagem, por imprudência ou negligência, para facilitar negócio superfaturado ou para a alienação de bens públicos por preço inferior ao mercado. (PAZZAGLINI FILHO, 2006, p.60)

Assim sendo, prescreve o artigo 9º da Lei nº. 8.429/92 que:

Art. 9º Constitui ato de improbidade administrativa importando

enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º desta lei, e notadamente:

I - receber, para si ou para outrem, dinheiro, bem móvel ou imóvel, ou qualquer outra vantagem econômica, direta ou indireta, a título de comissão, percentagem, gratificação ou presente de quem tenha interesse, direto ou indireto, que possa ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público;

II - perceber vantagem econômica, direta ou indireta, para facilitar a aquisição, permuta ou locação de bem móvel ou imóvel, ou a contratação de serviços pelas entidades referidas no art. 1º por preço superior ao valor de mercado;

III - perceber vantagem econômica, direta ou indireta, para facilitar a alienação, permuta ou locação de bem público ou o fornecimento de serviço por ente estatal por preço inferior ao valor de mercado;

IV - utilizar, em obra ou serviço particular, veículos, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza, de propriedade ou à disposição de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, bem como o trabalho de servidores públicos, empregados ou terceiros contratados por essas entidades;

V - receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indireta, para tolerar a exploração ou a prática de jogos de azar, de lenocínio, de narcotráfico, de contrabando, de usura ou de qualquer outra atividade ilícita, ou aceitar promessa de tal vantagem;

VI - receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indireta, para fazer declaração falsa sobre medição ou avaliação em obras públicas ou qualquer outro serviço, ou sobre quantidade, peso, medida, qualidade ou característica de mercadorias ou bens fornecidos a qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei;

VII - adquirir, para si ou para outrem, no exercício de mandato, cargo, emprego ou função pública, bens de qualquer natureza cujo valor seja desproporcional à evolução do patrimônio ou à renda do agente público;

VIII - aceitar emprego, comissão ou exercer atividade de consultoria ou assessoramento para pessoa física ou jurídica que tenha interesse suscetível de ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público, durante a atividade;

IX - perceber vantagem econômica para intermediar a liberação ou aplicação de verba pública de qualquer natureza;

X - receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indiretamente, para omitir ato de ofício, providência ou declaração a que esteja obrigado;

XI - incorporar, por qualquer forma, ao seu patrimônio bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei;

XII - usar, em proveito próprio, bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei”.

Assim, o enriquecimento ilícito é o resultado de qualquer ação ou omissão que resulte vantagem ao agente público, que não está previsto em lei, é o resultado de qualquer ação ou omissão que possibilite ao agente público auferir uma vantagem não prevista em lei.

É possível então, por assim concluir que, para a configuração do tipo de improbidade administrativa o agente público auferir dolosamente vantagem patrimonial ilícita, destinada para si ou para outrem, em razão do exercício ímprobo do cargo, mandato, função, emprego ou atividade na administração pública. Melhor dizendo, caracteriza-se o enriquecimento ilícito, qualquer ação ou omissão no exercício de função pública para angariar vantagem econômica, como também mera potencialidade de que venha a amparar interesse de terceiro ou o simples fato de o agente público ostentar patrimônio incompatível com a evolução de seu patrimônio ou renda, sendo exigível, em ambos os casos, que a vantagem econômica indevida seja obtida (para o agente público ou terceiro beneficiário, por ele próprio ou por interposta pessoa) em razão de seu vínculo com a Administração Pública.

Outrossim, “irrelevante, para os fins da lei, que o agente público pratique ato lícito ou ilícito; incide sobre ambas as situações, porque é intolerável uso anormal e antiético da função pública para se enriquecer, mesmo agindo licitamente [...]” (MARTINS JUNIOR, 2001, p. 186).

Cumprido frisar que o enriquecimento ilícito do agente público importará raramente no empobrecimento patrimonial do sujeito passivo, ou seja, o Estado, condição esta que se torna prescindível para a configuração do ato de improbidade, pois normalmente a vantagem indevida não é originária dos cofres públicos, mas de terceiros, referimos ao doutrinador Wallace Paiva Martins Junior: “O enriquecimento ilícito do agente público provoca dano à moralidade administrativa e, independentemente, pode causar dano Patrimonial à Administração Pública”. (IDEM).

Como restou demonstrado com a exposição dos argumentos acima trazidos a comento, os atos de enriquecimento ilícito do agente podem causar dano ao erário, sendo assim, como regra geral, os atos do art. 9º importam em enriquecimento do próprio agente público, já na hipótese do art. 10, importa, como regra geral, em enriquecimento do terceiro.

6. Os Tipos de Sanção

O agente público, como já se disse, não está lidando com interesses próprios e sim com o interesse do povo, devia, portanto, ter cuidado redobrado para agir sempre com cautela, com ética, com moralidade, com honestidade e probidade. Infelizmente, sabemos que na grande maioria das vezes os agentes públicos não agem do modo devido.

Assim, ocorrendo a prática de um ato de improbidade, a sanção será passível de aplicação sempre que for identificada a subsunção de determinada conduta ao preceito proibitivo previsto de forma explícita ou implícita na norma.

A seguir serão trazidas a comento as sanções previstas aos ímprobos pela conduta errônea perante a fé pública que lhes foi outorgada.

Deve-se analisar o art. 37, § 4º, da Carta Magna, que dispõe:

“Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível”.

Percebe-se que a partir de sua vigência, iniciou-se uma corrente dos envolvidos no Poder Legislativo, conhecedores da matéria jurídica, em prol da aplicação e punição dos atos

de improbidade, vez que não poderia naquele momento, aplicar-se uma norma em branco, carecendo por isso de uma melhor análise da questão, fato que gerou a sanção pelo então Presidente da República Federativa do Brasil, Fernando Collor de Mello, no dia 02 de junho de 1992 da Lei nº 8429/92, tratando dos atos de improbidade administrativa, valendo registrar que esta lei, em seguida foi aplicada justamente contra o próprio Presidente.

Transcreve-se o artigo 12 da referida lei:

Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas, previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações:

I-na hipótese do artigo 9º, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, quando houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de 8 (oito) a 10 (dez) anos, pagamento de multa civil de até 03 (três) vezes o valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o Poder Público ou receber os benefício ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de 10 (dez) anos;

II- na hipótese do artigo 10, ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de 05 (cinco) a 08 (oito) anos, pagamento de multa civil de até 02 (duas) vezes o valor do dano e contratar com o Poder Público ou receber benefício ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de 05 (cinco) anos;

III- na hipótese do artigo 11, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de 03 (três) a 05 (cinco) anos, pagamento de multa civil de até 100 (cem) vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de 03 (três) anos.

Parágrafo único. Na fixação das penas previstas nesta Lei o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como proveito patrimonial obtido pelo agente.

Além do art. 37, § 4º, da Constituição Federal que traz algumas sanções a serem aplicadas, como já especificadas, existem outras através do legislador ordinário, que são aplicáveis cumulativamente a estas penalidades, quais sejam: “pagamento de multa civil” e a “proibição de contratar com a administração pública e de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios”.

Por conta disso, importante questão doutrinária se formou, e devido a este fato, alguns doutrinadores entendem que o dispositivo legal, contido no § 4º do artigo 37 da Carta Magna é único e se exaure em si mesmo. Daí surgiu o problema, uma vez que existe na lei específica também pena prevista, seria ela inconstitucional? Ocorre que tal pensamento, é para muitos considerado sem consistência legal, pois somente o fato da Constituição prever a punição

penal, dos atos de improbidade praticados, essas sanções impostas seriam de forma inicial, e não contendo toda sua descrição.

Porém, de acordo com a apresentação dos casos, análises dos problemas, certamente que os nossos Tribunais e os Legisladores irão disponibilizar para nossos ímprobos tipos de sanções, que deverão estar dentro dos princípios da legalidade e ampla defesa, não viole os preceitos e mandamentos da Constituição Brasileira e proteja os princípios fundamentais outorgados no artigo 5º da referida Carta, especialmente no tocante aos direitos que trata dos direitos humanos, da liberdade.

No que se refere à aplicação da pena, vale dizer que ocorre nos moldes previstos da Lei nº 8.429/92, especificadamente o artigo 12 e seus incisos, uma vez que a questão variará em cada caso, ou seja, não deverá permanecer o sentenciado em improbidade administrativa, e portanto que teve seus direitos políticos suspensos – não pode votar, nem ser votado – na forma do artigo 15 e seus incisos, combinado com o artigo 37, § 4º, da Constituição, em gozo e exercício de seus direitos de cidadão, em virtude da executoriedade das sanções aplicáveis. Ressalte-se que as sanções referidas do artigo 12 da Lei específica, incide independente das sanções penais, civis e administrativas.

Ainda sobre o contexto da aplicação da sanção, a Lei de Improbidade direcionou ao magistrado uma regra específica, no tocante a prolatação da sentença, conforme se vê no Parágrafo Único do Artigo 12, cabendo uma estreita dosimetria da pena, com observância da extensão do dano e o proveito patrimonial obtido pelo agente ímprobo.

As sanções serão tratadas cada uma de per si, adiante, ainda que de forma superficial:

6.1. Perda de Bens e Valores Acrescidos Illicitamente ao Patrimônio

Tal sanção sempre é aplicada quando o ímprobo for condenado por ato ilícito praticado indevidamente e que causem danos ao erário, com acréscimo em seu patrimônio, devendo por consequência, todos os bens que foram acrescidos após o ato praticado ilegalmente pelo agente, serem revertidos ao patrimônio público, nos termos previstos na Constituição Federal, artigo 5º, inciso XLVI, alínea b, cumulada com o artigo 37, § 4º.

6.2. Ressarcimento Integral do Dano

No que tange ao ressarcimento do dano causado ao patrimônio público, e a perda dos bens que foram acrescidos de forma ilícita ao patrimônio do infrator, este deve ser ressarcido integralmente pelo transgressor, nos termos do disposto nos incisos I e II do artigo nº 12 da Lei 8.429/92. Vale dizer que tal ressarcimento deve ser total, não sendo aceito de forma parcial, e será aplicada sempre nos atos de improbidade administrativa, que tenha causado dano patrimonial, por isso que é tido como indenização, não possuindo a característica e definição de pena, e sim de reparação pelos danos provocados ao erário e patrimônio público.

6.3. Perda da Função Pública

A perda da função pública, prevista nos incisos I, II e III do artigo 12 da mencionada lei, é a consequência legal para aqueles que cometeram os atos de improbidade, sendo aplicável

ao final da sentença condenatória. O legislador enxergou longe ao inserir este dispositivo na lei, pois desejou que o ímprobo não mais continuasse a repetir os mesmos atos, ilegais, causando prejuízos e danos ao erário, ocupando cargos ou função pública. Tal norma zelou mais uma vez pelo bem da coletividade, independente de quem seja o infrator, ou a função que exerça, desde que haja o trânsito em julgado da sentença condenatória, perderá o cargo. Sendo importante esclarecer que caso o cidadão resolva se submeter a um concurso público e seja aprovado, nada impede que seja nomeado, pois o que antes lhe fora condenado, diz respeito a um fato específico, não é para sempre.

Esta sanção de perda da função pública, na ação de improbidade administrativa, deverá ser aplicada necessariamente ao ímprobo, conjuntamente com a suspensão dos direitos políticos, que por si só já constitui outra sanção prevista na multi-citada lei.

Neste aspecto, sabe-se que, em se tratando de parlamentar, caberá a declaração de perda do mandato a Casa Legislativa a qual esteja diretamente vinculado o agente público parlamentar, seja ele federal, estadual ou municipal, nos termos do artigo 55 da Constituição Federal:

Art. 55: “Perderá o mandato o Deputado ou Senador:

I - que infringir qualquer das proibições estabelecidas no artigo anterior;

II - cujo procedimento for declarado incompatível com o decoro parlamentar;

III - que deixar de comparecer, em cada sessão legislativa, à terça parte das sessões ordinárias da casa a que pertencer, salvo licença ou missão por esta autorizada;

IV – que perder ou tiver suspensos os direitos políticos;

V – quando o decretar a Justiça Eleitoral, nos casos previstos nesta Constituição;

VI – que sofrer condenação criminal em sentença transitada em julgada.

§1º É incompatível com o decoro parlamentar, além dos casos definidos no regimento interno, o abuso das prerrogativas asseguradas a membro do congresso nacional ou a percepção de vantagens indevidas.

§2º Nos casos dos incisos I, II e VI, a perda do mandato será decidida pela Câmara dos deputados ou pelo senado federal, por voto secreto e maioria absoluta, mediante provocação da respectiva mesa ou de partido político representado no congresso Nacional, assegurada ampla defesa.

§3º Nos casos previstos nos incisos III a V, a perda será declarada pela mesa da casa respectiva, de ofício ou mediante provocação de qualquer de seus membros, ou de partido político representado no congresso nacional, assegurada ampla defesa.

§4º A renúncia de parlamentar submetido a processo que vise ou possa levar à perda do mandato, nos termos deste artigo, terá seus suspensos até as deliberações finais de que tratam os §§ 2º e 3º.

Observa-se que a perda do mandato acima demonstrada será a forma prescrita, conforme o legislador constitucional estabeleceu, não podendo o legislador infra constitucional ampliar nem diminuir suas hipóteses.

Vale dizer aqui, neste trabalho tratamos da perda da função pública, com base no artigo 12 da Lei de Improbidade Administrativa, porém, existem duas formas de perda do mandato

que não se confundem com a que ora estudamos, é a cassação ou extinção de mandato por prática de falta funcional, dependente de decisão da Câmara ou do Senado, que também envolve a perda e suspensão dos direitos políticos é o caso de simples extinção do mandato, com base no inciso IV do artigo 55 da Constituição Federal. No particular, vale a transcrição

“Por outro lado, tratando-se de agente investido em cargo político, dependendo do tempo da suspensão imposta, poderia ser viável a retomada do cargo após o decurso do prazo da suspensão dos direitos políticos, de modo que a decretação da perda do cargo, neste caso, impediria esta retomada. Por isso, possível e recomendável, de acordo com as circunstâncias do caso e desde que com lastro em ponderações, a específica imposição pelo órgão julgador da suspensão dos direitos políticos e da decretação da perda do cargo político”. (CONCEIÇÃO, 2010, p.212)

Importante ressaltar que a partir do trânsito em julgado da sentença, inicia-se sua vigência, cabendo sua execução, e neste particular, em se tratando de condenação de agente detentor de função pública, onde no *decisum* foi decretada a perda de tal função, deverá de imediato deixar o exercício da função ou cargo público, sendo irrelevante se quando do cumprimento da sentença o cargo ou função ocupada pelo agente continua a mesma ou é outra função diversa daquela quando ocorreu a sentença condenatória. Esclarece o assunto, o estudioso da matéria Marino Pazzaglini Filho:

“Registre-se que essa função não incide apenas sobre a função pública exercida pelo agente público condenado à época em que praticou o ato de improbidade administrativa reconhecido na sentença judicial, mas sobre a função pública que ele esteja exercendo ao tempo da condenação irreversível”. (PAZZAGLINI FILHO, 2006, p. 150)

Com efeito, importante registrar que o legislador também observou o princípio geral do trânsito em julgado, previsto no artigo 20, conforme transcrição: “Art. 20. A perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos só se efetivam com o trânsito em julgado da sentença condenatória”.

6.4. Suspensão dos Direitos Políticos

Sobre a suspensão e perda dos direitos políticos, estes serão tratados em tópico específico mais adiante.

6.5. Multa Civil

Finalmente, temos a multa civil, esta não está prevista na Constituição, e sim na Lei 8.429/92, cabendo esclarecer que deve ser paga, na qualidade de uma sanção civil pecuniária, e sempre em qualquer situação, independente da sanção aplicada, será sempre estipulada de acordo com os limites mínimo e máximo previstos nos incisos do artigo 12 da Lei de

Improbidade Administrativa, e o valor deverá ser revertido para a entidade pública que sofreu com a prática do ato improprio. A multa não tem natureza indenizatória, e sim punitiva. Como possui o caráter corretivo, não atinge aos sucessores do infrator.

6.6. Proibição de Contratar e Receber Benefícios

Temos ainda como sanção, a proibição de contratar e receber benefícios e incentivos fiscais e creditícios, consoante prevê os incisos I, II e III do artigo 12 da retro-mencionada lei. Tal sanção objetiva proteger a sociedade daquele infrator que foi condenado pela prática do ato lesivo ao patrimônio público, continue participando de procedimentos regulares administrativos, como licitações, o que por certo poderia causar sérios riscos para outros ou novos danos, em relação aos benefícios podemos exemplificar como a proibição de receber isenção, anistia, remissão, auxílios financeiros. Esta vedação atinge não só ao agente ímprobo condenado pelo ato praticado ilicitamente, mas também atingirá a pessoa jurídica, da qual seja o agente sócio majoritário.

Antes, não existia um Banco de Dados, para que pudesse ser armazenado o nome de todos aqueles que foram condenados mediante sentença pela prática de ato de improbidade administrativa, evitando-se que um cidadão, após sofrer uma condenação nos moldes da Lei de Improbidade, e ficando portanto proibido de contratar com a Administração Pública, mude de cidade, diligencie a abertura de uma nova empresa, e inicie novamente a mesma rotina e natureza de atividade. Em outros tempos, certamente seria impossível identificar de logo o condenado, porém, devido a era da informática e a evolução dos sistemas operacionais de software, o CNJ – Conselho Nacional de Justiça, por entender que o Poder Judiciário carece historicamente de mais efetividade no controle dos atos da administração que causem danos patrimoniais ou morais ao estado, com base nessa premissa, através da Resolução nº 44, de 20 de novembro de 2007, criou o Cadastro de Condenados por ato de Improbidade administrativa, onde são concentradas todas informações do país, em um único banco de dados, no tocante ao ressarcimento de valores ao erário, ao cumprimento de multas civis e proibição de contratar com a administração pública.

7. Da Perda e Suspensão dos Direitos Políticos

Sabe-se que para se ter e exercer os direitos políticos, um de seus requisitos, é ter nacionalidade brasileira, sendo certo que também é exigido para o alistamento eleitoral.

Para falar em direitos políticos é necessário falar em democracia, tendo em vista que esta é a exigência de se assegurar aos cidadãos o direito de participar da formação da vontade do Estado e da gestão da coisa pública. O conjunto dos direitos dessa natureza é o que se entende por direitos políticos. O professor Alexandre de Moraes conceitua os direitos políticos como

“[...] o conjunto de regras que disciplina as formas de atuação da soberania popular, conforme preleciona o *caput* do art. 14 da Constituição Federal. São direitos públicos subjetivos que investem o indivíduo no *status activae civitatis*, permitindo-lhe o exercício concreto da liberdade de participação nos negócios políticos do Estado, de maneira a conferir os atributos da cidadania” (MORAES, 2010, p. 207)

Djalma Pinto ao tratar do surgimento dos direitos políticos aduz que:

“[...] surgiram no momento em que a monarquia absolutista cedeu lugar à soberania popular, quando o povo efetivamente tomou consciência de sua força e passou a assumir a titularidade de seu próprio destino, exercendo o poder como único soberano”. (PINTO, 2003, p. 69).

Para melhor compreensão dos direitos políticos enquanto disciplina da atuação popular na condução da coisa pública, faz-se necessário tratar de alguns conceitos fundamentais inerentes ao tema, tais como, a democracia, a cidadania, a soberania popular e o sufrágio.

Cidadão é, por essa concepção, o indivíduo que preenche os requisitos para atuar na formação da vontade do Estado, daí o conceito de cidadão que se encontra nos compêndios de direito constitucional, sendo este, o indivíduo em pleno gozo de direitos políticos.

Na mesma linha posicionou-se o legislador constituinte propugnando já no artigo 1º, parágrafo único da Constituição da República que “todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”, bem como no caput do artigo 14 da Carta Magna, segundo o qual, elegeu os direitos políticos, disciplinando suas formas, senão vejamos: “A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com igual valor para todos, e, nos termos da lei, mediante plebiscito, referendo ou iniciativa popular”

Assim, a soberania popular é, portanto, a prerrogativa inerente ao conjunto dos cidadãos politicamente ativos, de ditar os destinos do Estado, haja vista ser o povo o titular de todo poder, a qual é exercida por meio do sufrágio.

Portanto, são direitos políticos: o direito de votar, de ser votado, portanto elegível, iniciativa popular (de lei), propor ação popular, organizar e participar de partidos políticos.

Para adquirir a capacidade eleitoral, o cidadão deve se submeter ao alistamento eleitoral, que é um procedimento meramente administrativo junto à Justiça Eleitoral, nos termos do artigo 42 e seguintes da Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965, Código Eleitoral, sendo obrigatório para os maiores de 18 anos de idade e menores de 70 anos, nos termos do artigo 6º do referido Código.

Para que o cidadão tenha sua capacidade eleitoral ativa, é necessário exerça o seu direito do voto, para tanto tem de ser elegível, ser brasileiro, ou condição de português, estar no gozo dos direitos políticos, possuir alistamento militar, domicílio eleitoral na circunscrição e estar filiado a partido político.

O cidadão, segundo a legislação constitucional vigente, pode ser privado de seus direitos políticos, mas a Constituição Federal, não aponta exatamente quais são as possibilidades de perda ou suspensão de direitos, de acordo com os ensinamentos demonstrados pelo professor de Moraes:

“A Constituição Federal não aponta as hipóteses de ou suspensão dos direitos políticos, porém a natureza, forma e, principalmente, efeitos das mesmas possibilitam a diferenciação entre os casos de e suspensão”. (MORAES, 2010, p. 207)

Seja nas hipóteses de perda ou suspensão, quando ocorre a privação dos direitos políticos, estamos tratando da perda do mandato eletivo, e conseqüentemente ocorrerá o imediato

encerramento do seu exercício. A nossa Carta Magna trata do assunto, especialmente quando se reporta aos deputados Federais, no seu 55, § 3º, que o Deputado ou Senador que perder ou tiver suspensos os direitos políticos, imediatamente será cessado seu exercício.

A Constituição Federal de 1988, traz no seu bojo a proibição da cassação dos direitos políticos, protege o direito da cidadania de votar e ser votado, todavia, a perda ou suspensão desses direitos políticos significam a exceção devidamente prevista no próprio texto constitucional. A perda dos direitos políticos é tratada no artigo 15, caput, da Constituição Federal e prevê em seus incisos, as hipóteses da referida exceção, que deve ser interpretada de forma restritiva, a fim de evitar prejuízos aos direitos arduamente conquistados pelo cidadão brasileiro ao longo dos anos, para o efetivo exercício pleno da democracia, em busca de firmar com propriedade seus direitos políticos.

A perda dos direitos políticos, significa sua privação, terá a perda dos direitos políticos a seguinte forma, conforme demonstra o Professor de Moraes:

“A perda dos direitos políticos configura a privação dos mesmos e ocorre nos casos de cancelamento da naturalização por sentença transitada em julgado e recusa de cumprir obrigação a todos imposta ou prestação alternativa, nos termos do art. 5º, VIII, da Constituição Federal”. (IDEM, p. 99)

O professor . Cretella Júnior, sobre o assunto, diz que: “Não se perde o que não se tem. Perde-se aquilo de que se tinha a posse, ou a detenção. “Perda” é idéia ligada à idéia de definitividade...” (JÚNIOR, 1989, p. 154).

Sabemos que na esfera do direito constitucional, existem duas possibilidades da perda dos direitos políticos, o cancelamento da naturalização por força da sentença de cancelamento da naturalização e escusa de consciência.

Como nos ensina os professores Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior:

“A recusa ao cumprimento de obrigações da espécie, bem assim de obrigações alternativas legalmente fixadas, gera a perda dos direitos políticos. Com efeito, o indivíduo possui o direito à escusa de consciência, mas deve, neste caso, cumprir a obrigação alternativa, sob pena de perda dos direitos políticos.” (e , 2008, p. 103).

Prevê o legislador constitucional a perda dos direitos políticos, segundo a interpretação de Uadi Lammêgo Bulos, significa: “a privação definitiva dos direitos políticos positivos, ensejando, ensejando ao indivíduo o término de sua condição de eleitor e de todos os direitos decorrentes de sua cidadania”. (BULOS, 2008. p. 511)

É comum que ao se discutir temas políticos, os discursos sejam carregados de paixão, fato que pode impedir ou, pelo menos, dificultar, que se chegue a conclusões puramente racionais. No caso presente não é diferente, inclusive quando se leva em consideração a carga emocional que os termos como “povo”, “soberania popular”, “democracia” e “liberdade” e “probidade administrativa” foram acumulando ao longo do tempo, não obstante, tentar-se-á analisar os argumentos com o necessário distanciamento. Também no *caput* do referido artigo 15 da Constituição Federal, encontra-se prevista a suspensão dos direitos políticos, novamente, citando Uadi Lammêgo Bulos:

ENTRE ASPAS

“Suspensão é a privação temporária daqueles direitos de votar e ser votado, configurando autêntica medida transitória que só dura enquanto persistir o motivo que a ensejou. Findados tais motivos, a providência efêmera deixa de existir, readquirindo o cidadão os direitos políticos e suspensos.” (IDEM)

Objetiva a suspensão dos direitos políticos, que o ímprobo permaneça durante o período de aplicação da sanção, privado do exercício de seus direitos políticos, a punição que recebeu retira do infrator e agente ímprobo, ainda que temporariamente, sua qualidade de cidadão, pois não poderá votar nem ser votado, além também de exercer outros direitos, oriundos da cidadania, como o exercício de cargos públicos e o ajuizamento de ação popular.

Tem-se conhecimento ainda da suspensão dos direitos políticos, na forma do artigo 15 da Carta Magna, pela incapacidade civil absoluta, pela condenação criminal transitada em julgado, e pela improbidade administrativa, nos termos do artigo 37, § 4º.

Como dito, é o artigo 15 da Constituição que proíbe a suspensão dos direitos políticos, mas que ressalva os casos de improbidade:

Art. 15. É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de ;

I – cancelamento de naturalização com sentença transitada em julgado;

II - incapacidade civil absoluta;

III - condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos;

IV – recusa de cumprir obrigação a todos imposta ou prestação alternativa, nos termos do artigo 5º, VIII;

V – improbidade administrativa, nos termos do artigo 36, § 4º

No que se refere à suspensão dos direitos políticos, a previsão encontra-se no artigo 12 da Lei 8.429/92, variando o período da suspensão, de acordo com a gravidade do ato ímprobo, como já transcrito anteriormente.

Importante registrar que na sentença que condenar o ímprobo deve constar literalmente que os direitos políticos estão suspensos, pois o efeito não é imediato, e caso não conste do “decisum”, não se aplica a suspensão dos direitos políticos, mesmo se tiver sido condenado o agente.

A competência é do Juiz Comum para conhecer, processar e julgar o processo de improbidade, salvo as causas de competência de jurisdição federal. Ao final, caberá o juiz da vara onde foi o ímprobo condenado, seja ele, oriundo da Vara Cível ou Criminal, comunicar ao Juiz Eleitoral, para que este proceda com o cancelamento da inscrição eleitoral, na Zona, onde for o agente inscrito, como eleitor.

O termo suspensão e perda diferem entre si. Sabemos que a suspensão, é quando se interrompe, se suspende temporariamente algo que está em andamento, concluindo quando finda os efeitos de outro ato anterior.

Um exemplo para elucidar a questão é a Interdição: Inicialmente, decreta-se a Interdição, e em seguida, de forma complementar, a suspensão dos direitos políticos. Portanto, é de se concluir que ao extinguir-se a interdição, de imediato extinguir-se-á por conseguinte a suspensão dos direitos políticos.

Neste particular, deve-se esclarecer que a perda dos direitos políticos, não é definitiva.

8. Reaquisição dos Direitos Políticos

A Constituição Federal nada trata sobre o assunto de reaquisição dos direitos políticos perdidos ou suspensos. Como na nossa Carta, não há uma discriminação textual das possibilidades de aplicação da pena, nos casos de perda e de suspensão dos direitos políticos. Devido a esta inexistência de disposição, formaram-se correntes sobre o assunto, a corrente majoritária tanto da doutrina e da jurisprudência, considera como sendo a única hipótese da perda dos direitos políticos, aquela prevista no inciso I do artigo 15 da C.F. ou seja, o cancelamento da naturalização, por sentença transitada em julgado. Os demais itens listados no mencionado artigo 15, segundo a maioria e a praxe constitucional, configuram a suspensão dos direitos, muito embora, por lealdade jurídica, deve-se registrar que alguns respeitáveis autores, assim não entendem e consideram os casos de perda de forma diversa, a exemplo de Adriano Soares da Costa, em sua obra *Teoria da Inelegibilidade e o Direito Processual Eleitoral*, Belo Horizonte, Del Rey, 1998, p. 67, *aliter*: José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 14. ed. Rev., São Paulo, Malheiros, ed., 1997, p. 1997, p. 364-9.

A reaquisição dos direitos políticos perdidos, conforme a Lei 818/49 determina, é que a regra diz que, quem perdeu os direitos políticos em razão da perda da nacionalidade brasileira, assim que readquirida esta, compulsoriamente, ficará obrigado o novo alistamento eleitoral, reavendo assim, seus direitos políticos. A reaquisição dos direitos políticos perdidos em consequência da escusa de consciência está previsto no art. 40 da lei citada. Mas a situação não é mais a mesma. Pode-se, contudo admitir uma analogia no caso, dizendo que o brasileiro que houver perdido aqueles direitos por não cumprir a prestação alternativa fixada em lei pode readquiri-los, declarando perante a autoridade competente (Ministro da Justiça), para exemplificar o que está pronto para suportar o ônus (ALONSO, 2010).

A Lei 8.239/91 prevê essa reaquisição, quando diz que após cessada a causa que determinou a suspensão, os direitos políticos suspensos poderão ser readquiridos. Todavia, no caso da suspensão por improbidade, a decisão deverá fundamentar a duração, as condições, toda a motivação que fará parte tanto da suspensão, quanto da cessação, para ao depois de satisfazer todas as determinações e condições expostas na sentença, poderá o agente, recuperará seus direitos políticos suspensos, só que como fora excluído do cadastro zonal, deverá requerer nova inscrição eleitoral, iniciando um novo procedimento de alistamento eleitoral. Para iniciar uma nova vida para o exercício pleno de seus direitos políticos e exercício de sua cidadania.

Em resumo portanto sobre a reaquisição dos direitos políticos suspensos, não há norma expressa que preveja os casos e condições. Essa circunstância, contudo, não impossibilita a recuperação desses direitos que se dá automaticamente com a cessação dos motivos que determinam a suspensão.

9. Considerações Finais

O presente trabalho pretendeu trazer aspectos relevantes da improbidade administrativa e a consequência da sua ocorrência nos direitos políticos daquele que a pratica. Em período eleitoral, muito se ouve de propostas e palavras afirmativas de ordem, e mudança, mas ainda assim, alguns destes candidatos têm sua imagem maculada por atitudes ardilosas e maquiavélicas que o responsabilizam pelos seus atos, perante toda sociedade.

A improbidade foi caracterizada por seus agentes e seus efeitos, bem como as suas

consequências que acarretam a prática deste ato ilícito. A Lei da Ficha Suja, recentemente aprovada, foi muito discutida sobre a dúvida da sua constitucionalidade, de modo que o STF depois de várias sessões e alguns adiamentos, arquivou o processo que tinha como Recorrente, o Candidato a Governador do Distrito Federal Joaquim Roriz, condenado da justiça, e teve seu registro de candidatura indeferido pelo TSE, enquadrado que fora na Lei da Ficha Limpa ou chamada Lei da Ficha Suja, depois que o candidato renunciou a candidatura, deixando de apreciar o mérito da questão, ficando em aberto a questão. Ocorre que diversos candidatos que tiveram seus registros indeferidos, correrão o risco e permanecerão candidatos no próximo dia 03 de outubro de 2010, restando ainda saber se tal lei será aplicada nestas eleições do corrente ano, ou para as próximas que virão, fazendo constar entre os candidatos concorrentes a esta eleição, o medo da frustração de serem enquadrados dentre os artigos da referida lei e assim, verem a constatação de uma realidade, ou seja a lei ser cumprida, apesar das alegações do princípio da anterioridade da lei, os demais princípios que devem reger à administração pública, o da moralidade, da probidade, enfim, é um debate jurídico, que o Supremo Tribunal Federal adiou, porém terá que brevemente enfrentar a matéria, que urge a ser apreciada, e os candidatos que insistiram em concorrer no pleito, mesmo com suas candidaturas indeferidas, assumirão o risco de não assumir, nem tomar posse, mesmo com uma possível vitória nas urnas, caso entenda o STF que a lei vale para este ano, na mesma linha de pensamento do TSE.

Muitas são as sanções sobre a improbidade cometida, porém, como foi dito no decorrer do trabalho, estas se mostram muitas vezes omissas e lacunosas, e que precisam de constante observação e atualização da legislação em vigor, para que ela trate destas questões de maneira efetiva e eficaz livrando o cidadão honesto das mazelas da corrupção e do gasto desenfreado e inconsequente do erário.

Deste modo, o que se espera é que, muitos outros estudiosos do assunto e curiosos, ansiosos pela concretização da justiça neste país, deva fazer permanecer este espírito de indignação, cautelosamente escolhendo os representantes do povo perante o seu país e ao mundo todo que o observa, a fim de que estes eleitos sejam efetivamente, figuras fidedignas representativas da sociedade brasileira, respeitando seus valores e costumes locais, em busca de um mundo melhor e mais igualitário até o final dos tempos.

Referências

ALONSO, Elaine Franco. Direitos Políticos. Disponível: <<http://www.ump.edu.br/revista/upload/direitos.politicos.pdf>> Acesso no dia 15/09/2010 às 14:12h.

ARAÚJO, Luiz Alberto David e , Vidal Serrano Júnior. Curso de Direito Constitucional. Editora Saraiva, 2008, 1ª Ed.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm> Acesso no dia 25/02/2010, às 19:25h.

BRASIL. Lei n.º 8.429/92, de 02 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L8429.htm>> Acesso em: 1º/10/2010, às 15:34h

A REVISTA DA UNICORP

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Vade Mecum, Saraiva, 2009.

BULOS, Uadi. Lamêgo. Constituição Federal Anotada. 8ª ed., São Paulo: Saraiva: 2008.

CONCEIÇÃO, Tiago de Menezes. Direitos Políticos Fundamentais. Curitiba: Juruá, 2010

CRETELLA JÚNIOR, José. Comentários à Constituição Brasileira de 1988. Editora Forense Universitária, 1989, 1a. edição.

DELGADO, José Augusto. Improbidade Administrativa: algumas controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais sobre a lei de improbidade administrativa. In: BUENO, CÁCERES, Florival. História Geral. 4ª., ed. São Paul: Moderna, 1996.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 19ª. ed., São Paulo: Atlas, 2006.

GARCIA e ALVES, Rogério Pacheco. Improbidade Administrativa, 1ª. ed., Rio de Janeiro; Lúmen Juris, 2002

GARCIA, Emerson. A Improbidade administrativa e sua sistematização. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4284>. Acesso em: 1º/10/2010 às 15:52h

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Saraiva, 2005.

LENZA, Pedro, Direito Constitucional Esquematizado. 12.ª. ed., São Paulo, Saraiva, 2008.

MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. Probidade Administrativa. São Paulo: Saraiva, 2001.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 24ª. ed., São Paulo: Malheiros, 1999.

MEIRELLES, Hely Lopes. Mandado de Segurança e Ações Constitucionais. 32ª Ed., São Paulo: Malheiros, 2009

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 18.ª. ed., São Paulo: Atlas, 2010.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. Lei de Improbidade Administrativa Comentada: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal; legislação e jurisprudência atualizada. 3ª. ed., São Paulo: Atlas, 2006.

PINTO, Djalma. Direito Eleitoral: Improbidade Administrativa e Responsabilidade Fiscal – noções gerais. São Paulo: Atlas, 2003.

DESAPROPRIAÇÃO URBANÍSTICA SANCIONATÓRIA

Camila Pinto Berenguer

Bacharela em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Servidora do Tribunal de Justiça da Bahia.

Resumo: A desapropriação urbanística sancionatória é a mais grave punição ao proprietário que reiteradamente descumpriu a função social da propriedade urbana. Está posta no art.182 da Constituição Federal de 1988 e foi (parcialmente) regulamentada pela Lei nº. 10.257/2001 (Estatuto da Cidade). É instrumento da política urbana, que visa ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes. O conteúdo da função social do imóvel urbano deve estar determinado no plano diretor do Município, razão pela qual foi este o ponto de partida para a verificação de eventual descumprimento da referida função. Tendo em vista o seu objetivo, percebe-se que, quanto mais difícil for a sua aplicação, mais tormentoso será atingir os fins a que se presta. Assim, neste trabalho, é demonstrado que a dificuldade em efetivar tal instrumento, por conta da Resolução nº. 77/98 do Senado Federal e do próprio procedimento desta espécie expropriatória – demasiadamente moroso –, acaba por constituir grande obstáculo ao cumprimento das funções sociais da cidade, impedindo, assim, a melhora das condições de vida nos centros urbanos.

Palavras-Chave: Desapropriação. Função social. Propriedade. Cidade. Obstáculos.

Introdução

Presente pela primeira vez numa Constituição brasileira (art.182, §4º, III), a desapropriação urbanística sancionatória é o instrumento mais drástico de intervenção na propriedade privada urbana que descumpra a função social. Configura-se como sanção tendo em vista o critério utilizado para fins de pagamento da indenização, nem prévia, nem em dinheiro, mas sim mediante títulos da dívida pública, de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais. Destina-se a possibilitar uma transformação na paisagem urbana, através da transferência compulsória do imóvel não edificado, não utilizado ou subutilizado ao Município, para que se confira a este o adequado aproveitamento.

Esse instrumento de intervenção na propriedade privada nunca foi aplicado, eis que, mesmo após o advento de lei que veio regulamentar o artigo que o alberga (Lei Federal nº. 10.257/01 – Estatuto da Cidade), permaneceu óbice à sua efetivação, principalmente por conta da forma de implementação da indenização respectiva. Assim, a Resolução nº. 78, de

08.07.1998, do Senado Federal, na prática cuidou de inviabilizar, até 31.12.2010, a emissão de novos títulos da dívida pública por parte do Município.

Outro entrave para a efetivação da desapropriação urbanística sancionatória consiste no próprio trajeto que deve ser percorrido para aplicá-la, caracterizado pela excessiva burocracia e morosidade, o que vai de encontro, em última análise, ao princípio da eficiência nos atos da Administração Pública, ao qual será feita breve menção.

Nesse contexto, o art.182, §4º, da Constituição Federal de 1988, prescreve que a desapropriação-sanção em comento só poderá ser efetivada após a incidência, sucessiva, do quanto determinado pelos incisos I e II do mesmo parágrafo. Assim, primeiramente, o Poder Público Municipal, constatando que o proprietário do imóvel urbano não o edifica, o subutiliza ou não o utiliza, deve notificá-lo para que este parcele, edifique ou utilize aquele solo, nos prazos determinados por lei (o que ocorrerá no prazo mínimo de três anos). Sendo descumprida a obrigação urbanística imposta por este inciso, passaria a incidir sobre o imóvel o Imposto Predial e Territorial Urbano Progressivo no Tempo, pelo prazo máximo de cinco anos. Somente sendo mais uma vez descumprida a determinação do ente local é que poderia ser aplicada a desapropriação urbanística sancionatória.

O procedimento expropriatório, em regra, comporta duas fases, quais sejam, a declaratória e a executória, sendo que esta última ainda poderá ocorrer através da via administrativa ou judicial.

Conforme será visto, defende-se aqui a desnecessidade da fase declaratória na desapropriação em análise, eis que sua motivação já terá sido por demais demonstrada quando da ocorrência das situações mencionadas nos incisos I e II, do art. 182, §4º, bastando, apenas, definir novo momento para determinar o estado em que se encontra o imóvel a ser desapropriado, para fins de fixação do valor da futura indenização.

A fase executória da desapropriação urbanística sancionatória será concluída pelo próprio procedimento administrativo que a iniciou quando não houver resistência, por parte do expropriado, ao preço ofertado como indenização pela transferência compulsória do bem. Ao revés, será concluída por processo judicial quando o desapropriado se opuser ao valor fixado pela indenização, exigindo-o maior.

Ressalte-se, também, que, para que ocorram as hipóteses previstas nos incisos do art. 182, §4º, é necessária a existência de plano diretor municipal que, mediante lei específica, autorize a aplicação dos instrumentos de política urbana acima mencionados. Neste ponto, inclusive, o Estatuto da Cidade foi mais além do que determina a própria Constituição Federal (art.182, §1º), ao exigir, em seu art.41, a obrigatoriedade do plano diretor não só para cidades com mais de vinte mil habitantes (art.182, §1º), mas também para: as integrantes de regiões metropolitanas e aglomerações urbanas; aquelas em que o Poder Público municipal pretenda utilizar os instrumentos previstos no §4º do art.182 da Constituição Federal; as integrantes de áreas de especial interesse turístico, bem como as que se inserirem em área de influência de empreendimentos ou atividades com significativo impacto ambiental de âmbito regional ou nacional. Ressalta a mesma lei que as cidades com mais de quinhentos mil habitantes deverão ter um plano de transporte urbano e integrado, compatível com o plano diretor respectivo (art.41, §2º, do Estatuto da Cidade).

Apesar de a mencionada lei federal ter ampliado a obrigatoriedade do plano diretor, inserindo novos critérios para tanto, seria razoável que, mesmo que uma cidade ou Município não tenham esta obrigação expressamente determinada, devessem organizar a ocupação do seu espaço de acordo com as necessidades locais, utilizando como instrumento para tal intento

lei específica, aprovada pelo Poder Legislativo Municipal, assegurada participação popular, tal como sucede com o plano diretor¹.

Explicada a dificuldade de aplicação da desapropriação urbanística sancionatória, constatar-se-á que tal situação configura enorme entrave para o cumprimento das funções sociais da cidade.

Assim, baseando-se exclusivamente em pesquisa bibliográfica, o presente trabalho parte da análise do conceito de cidade, de suas funções (primeiramente sistematizadas pela Carta de Atenas – 1933, depois pela Nova Carta de Atenas – 1998, a qual foi revisada em 2003) e da socialização destas funções, para, relacionando-a com a função social da propriedade especificamente urbana, fixar o sentido dos instrumentos de intervenção nesta, enfocando o estudo no mais drástico desses instrumentos. Posteriormente, faz-se uma exposição dos instrumentos estabelecidos pela Constituição Federal de 1988, que perseguem a finalidade de conferir adequado aproveitamento ao imóvel urbano, para, finalmente, demonstrar a dificuldade de aplicar a desapropriação urbanística sancionatória, já adiantada, concluindo-se, ao final, que tal situação serve de obstáculo ao cumprimento das funções sociais da cidade.

Levando-se em consideração que o Brasil se tornou um país marcado pela má distribuição de sua população no território, onde os que habitam as cidades sofrem com a falta de estrutura da *polis*, encontrando-se áreas de adensamento e de vazios urbanos, é necessária a criação de mecanismos que visam ordenar o espaço urbano, para que este possa desenvolver-se, ao mesmo tempo que possibilitam uma melhora nas condições de vida nas cidades.

Nesse diapasão, a desapropriação urbanística sancionatória ganha destaque, dada a urgência com que a mudança na paisagem urbana brasileira tem de ocorrer. Tal medida extrema amolda-se à situação igualmente gritante, propondo-se, para tanto, uma reforma nos requisitos de sua aplicabilidade, de modo a coibir, outrossim, o abuso do exercício do direito de propriedade e a especulação imobiliária, tão caros à coletividade.

Desse modo, a intervenção estatal para efetivação do planejamento, ordenação e desenvolvimento urbanos, resguardada pela supremacia do interesse público sobre o privado, age através da desapropriação urbanística sancionatória para possibilitar ao homem urbano e à coletividade urbana a realização de suas tarefas elementares, de modo a materializar o exercício do direito à cidade.

1. Desapropriação Urbanística Sancionatória

Uma vez mais frustrada a obrigação de conferir à propriedade o cumprimento de sua função social, determina a Constituição Federal de 1988, no art. 182, §4º, III e o Estatuto da Cidade, em seu art.8º, a intervenção estatal no referido imóvel urbano através da desapropriação-sanção. Esta se dará, na melhor das hipóteses, depois de decorridos 8 (oito) anos de inadequado aproveitamento do imóvel. Sua finalidade é a de punir o proprietário sucessivamente inerte, de forma a desestimular a retenção especulativa do solo urbano.

Debate-se, na Doutrina, se se revela imprescindível à aplicação do presente instrumento a existência, no Município, do plano diretor, com o argumento de que, para poder ocorrer a desapropriação urbanística sancionatória, deveria haver a desconformidade com o aproveitamento mínimo nele definido. Contudo, aqui não se vislumbra motivo para, na ausência de plano diretor, uma lei municipal não poder disciplinar o que, pelo referido plano, deveria ser regulado e, com isto, poder-se aplicar a desapropriação urbanística sancionatória. Caso

contrário, estar-se-ia afirmando que as cidades que não tivessem a obrigação constitucional de elaborar seu plano diretor (em virtude de a população não ser superior a vinte mil habitantes – art.182, §1º, da CF/88 e art.41, I, da Lei nº.10.257/01) não deveriam preocupar-se com o seu planejamento urbano, bem como com o cumprimento da função social de suas propriedades. Tal situação revelaria verdadeiro contra-senso, eis que todo Município deve ter planejamento urbano, ainda que mínimo, e toda propriedade deve cumprir a função social, independente da existência de plano diretor.

Outra maneira de classificar a desapropriação é a proposta por Adilson Abreu Dallari², que sistematiza o referido instituto em dois tipos: ordinária (art.5º, XXIV, da CF/88) e extraordinária. Na primeira, encontrar-se-ia a desapropriação por utilidade pública (art.5º do DL nº. 3.365/41), por zona (art.4º do DL nº. 3.365/41) e por interesse social (art.2º da Lei nº. 4.132/62). Na segunda, estaria a desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária (arts.184/191 da CF/88, Lei nº. 4.504/64 – Estatuto da Terra e LC nº.76/93) e a desapropriação urbanística sancionatória, malgrado alguns autores prefiram denominá-la desapropriação para fins de reforma urbana (art.182, §4º, III, da CF/88 e art.8º. da Lei nº. 10.257/01 – Estatuto da Cidade). Conforme já salientado, isto pode ensejar imprecisão conceitual, significando mais do que a desapropriação-sanção em verdade representa. O mencionado doutrinador, inclusive, chega a afirmar que “até mesmo a desapropriação para fins de reforma agrária poderia ser considerada urbanística, já que se definiu o urbanismo como abrangendo assentamentos humanos em geral, além do fato de que uma melhoria das condições de vida no campo necessariamente refletiria sobre a cidade”³. Assim, fortalece-se aqui a razão da nomenclatura utilizada, por sua maior exatidão.

Antes de entrar em explicação detalhada acerca da desapropriação urbanística sancionatória, é preciso esclarecer as já tão mencionadas expressões de “utilidade pública”, “necessidade pública” e “interesse social”, necessários à compreensão do instituto da desapropriação e suas espécies, bem como tecer rápidos comentários acerca da desapropriação por zona.

O art. 5º, inciso XXIV, da CF/88, traz os três termos a serem agora definidos. De logo, assinala-se a inutilidade prática de serem diferenciados os conceitos de utilidade e necessidade pública, apesar de, na teoria, não existirem dificuldades para tal intento. Igualmente, no que concerne ao interesse social, a Lei nº. 4.132/62 encarrega-se de informar as hipóteses de sua configuração.

Antônio de Pádua Ferraz Nogueira afirma que, todas as vezes que a desapropriação se fundamentar em necessidade ou utilidade pública, os bens expropriados serão incorporados ao Poder Público, mas terão destinação para o uso administrativo direto do ente desapropriante ou de seus representantes. Já quando estivesse presente o interesse social, cujo objetivo seria a justa distribuição da propriedade ou seu condicionamento ao bem-estar social, o imóvel desapropriado destinar-se-ia aos particulares para atendimento de seus objetivos básicos⁴.

Diferenciando os três conceitos, Pontes de Miranda afirma que

A necessidade supõe que algo não possa continuar, ou iniciar-se sem a desapropriação, para se transferir ao Estado, a outrem, ou se criar ao Estado, ou a outra, ou para se destruir ou extinguir o que é da pessoa a quem se desapropria. Já em *utilidade* só se alude a conveniência, a uma das soluções ao problema que preocupa o Estado. Em *interesse social* nem só se vê o interesse geral do povo, nem o do Estado; basta que a

desapropriação sirva a algum fim social, ainda que não de todos, nem de todas as entidades, nem da entidade intra-estatal desapropriante⁵.

A Doutrina é unânime em afirmar que os casos de interesse social e utilidade ou necessidade pública são taxativos (sendo que neste último caso leis especiais podem incluir outras hipóteses). Atente-se, contudo, que algumas hipóteses de interesse social são, em verdade, de utilidade pública. A aplicação correta de tal subsunção faz-se relevante no caso concreto, eis que as referidas desapropriações ordinárias comportam diferenças, a saber: o ato declaratório de utilidade pública caduca em 5 (cinco) anos, enquanto o de interesse social caduca em 2 (dois) anos; todos os entes podem desapropriar com base em necessidade ou utilidade pública, enquanto só a União pode desapropriar para fins de reforma agrária (interesse social).

A desapropriação por zona, respaldada pelo art. 4º do DL nº. 3.365/41, é, portanto, caso específico de desapropriação por utilidade pública, em sentido amplo, e, tal qual as outras modalidades de desapropriação ordinária, refere-se à propriedade que está cumprindo a função social. Por esta modalidade, é possibilitada a desapropriação de área maior do que a estritamente necessária, seja para ampliação futura de obra, seja em virtude de um previsível aumento extraordinário dos imóveis vizinhos (neste caso, busca-se a aquisição da mais-valia advinda da realização da obra pública)⁶.

Finalmente, a desapropriação urbanística sancionatória, enquanto instrumento de política urbana, possui caráter punitivo e implica a transferência compulsória da propriedade urbana do particular para o Poder Público municipal (ao menos num primeiro momento), por estar descumprindo a função social da propriedade urbana. Conforme os ensinamentos de José dos Santos Carvalho Filho “se trata de ação governamental própria de política urbana para atender aos reclamos do plano diretor da cidade e, por outro, do caráter tipicamente punitivo deste mecanismo, fato que emana do próprio dispositivo constitucional”⁷.

A competência para desapropriar, neste caso, é exclusiva do Município⁸, eis que a este ente foi constitucionalmente determinado o dever de implementar ações imprescindíveis à preservação e ao aperfeiçoamento da ordem urbanística⁹. Por igual motivo, relembre-se, é o Município que deve promover a desapropriação urbanística ordinária (art.5º, i, do DL nº. 3.365/41), que também tem a finalidade de transformar o espaço urbano local.

Saliente-se agora ponto deveras importante na referida espécie de desapropriação, qual seja, a sua forma de indenização. Em sentido diametralmente oposto à desapropriação urbana disciplinada pelo art. 182, §3º, da CF/88, a desapropriação urbanística sancionatória é um dos casos de exceção ao art. 5º, inciso XXIV, da Constituição, tendo em vista que a indenização aqui não ocorrerá em dinheiro, mas sim em “títulos da dívida pública”. Referidos títulos são papéis de valor, resgatáveis e exigíveis, que financiam a dívida do País e integram a dívida interna. São emitidos pelo Tesouro Nacional e garantidos pelo governo (*in casu*, governo municipal). É justamente pelo fato de a indenização não ser em dinheiro que tal modalidade expropriatória configura-se como sanção.

Tais títulos serão emitidos com aprovação prévia pelo Senado Federal (art.52, VI e IX, da CF/88¹⁰), e o prazo máximo para resgate total é de até 10 (dez) anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais. Assim, o Município tem seu patrimônio imediatamente acrescido quando efetua a desapropriação e incorpora o bem desapropriado, comprometendo-se a pagar o valor equivalente ao imóvel forçosamente transferido, representado nos títulos emitidos, num prazo de até 10 (dez) anos. O Estatuto da Cidade assevera, ainda, que os juros legais serão de 6% (seis por cento) ao ano e que os títulos

não terão poder liberatório para pagamento de tributos (ficando vedada, assim, a compensação). Importante ressaltar que, ao contrário do que ocorre com a desapropriação rural, nesta nem as benfeitorias úteis ou necessárias são indenizadas em dinheiro.

O valor “real” da indenização deve ser reflexo do valor da base de cálculo do IPTU, descontando-se o montante incorporado em função de obras realizadas pelo Poder Público na área onde o imóvel localiza-se, sem se computar expectativas de ganhos, lucros cessantes e juros compensatórios¹¹. Nada mais razoável, tendo em vista que se trata de uma punição para o proprietário por demais indolente. Os títulos serão entregues após a consumação do procedimento expropriatório, mas seu resgate só poderá ser posterior. Ressalte-se, outrossim, que a expressão “real” está vinculada ao reconhecimento constitucional da existência de inflação, de modo a assegurar ao expropriado a atualização monetária entre a data do pagamento e do resgate dos títulos. Na lição de Carlos Ari Sundfeld:

A indenização não precisa ser prévia nem justa, porque a Constituição não exige no caso, em oposição ao que ocorre nas demais desapropriações urbanas (art.182, §3º) e na desapropriação para reforma agrária (art.184). Destarte, o pagamento (é dizer, a entrega dos títulos da dívida pública) pode [...] ser feito após a aquisição da propriedade pelo Município e corresponder a valor inferior ao justo, isto é, inferior ao valor de mercado¹².

Em sentido contrário, Clóvis Beznos:

De fato, nenhuma dúvida existe quanto ao fato de que, sendo o fundamento jurídico desse tipo de desapropriação a prática de um ato ilícito, a indenização pode e deve ser diferenciada da incidente na desapropriação por necessidade, utilidade pública ou interesse social, tendo, assim, um caráter de pena.

Todavia, o desapropriado já é suficientemente sancionado pelo fato de não receber a indenização prévia e em dinheiro, mas sim em parcelas anuais, em até dez anos, em títulos que não se prestam sequer como meio de pagamento de tributos [...]

De outra parte, parece-nos que o termo “indenização”, por si, é suficiente para assegurar a indenização correspondente ao valor integral do bem, e assim sua previsão constitucional no art.182, III, no sentido de que sejam veicular o legislador a não se afastar da integralidade da composição do valor retirado ao desapropriado [...] o asseguramento do *valor real da indenização* [...] quer significar a mesma coisa que *justa indenização*. De fato, o termo “real” significa verdadeiro, concluindo-se, pois, que a indenização verdadeira nada mais é do que a *justa indenização* ¹³.

Após a consumação da desapropriação, a obrigação de dar uma destinação socialmente útil e em consonância com o plano diretor ao imóvel é de responsabilidade do Município. Este

passa a ter a obrigação de proceder ao adequado aproveitamento, no prazo máximo de 5 (cinco) anos, a contar da incorporação do bem ao seu patrimônio. Tal aproveitamento pode ser efetivado diretamente pelo ente federativo ou por meio de alienação ou concessão a terceiros, sendo observado, neste caso, o procedimento licitatório devido. Este novo adquirente terá, de acordo com a legislação vigente, que proceder ao parcelamento, edificação ou utilização do imóvel no mesmo prazo determinado pelo art.182, §4º, inciso I, da CF/88. É como se um ciclo voltasse a se repetir.

Interessante seria, no caso do terceiro adquirente ou cessionário, que este, vencedor no procedimento licitatório, devesse cumprir a obrigação de dar destinação social ao imóvel urbano em prazo inferior ao disposto no art.182, §4º, I, da CF/88. Justifica-se: se este interessado já manifestou intuito de adquirir a propriedade desapropriada, tendo por isso participado do procedimento licitatório, não é desarrazoado lhe exigir, quando da apresentação de sua proposta, que informe a destinação que dará ao imóvel que pretende adquirir, acompanhado do respectivo projeto que consubstancia seu intuito. Tal prazo inferior seria determinado pelo Edital, a fim de dar maior celeridade ao aproveitamento do solo urbano. Atente-se que não poderia o desapropriado participar do referido procedimento licitatório, tendo em vista que tal hipótese configuraria verdadeiro abuso de direito¹⁴.

Deixando de proceder ao adequado aproveitamento do imóvel urbano no prazo de 5 (cinco) anos, o Prefeito incorrerá em improbidade administrativa, pela Lei nº. 8.429/92 (art. 52, inciso II, do Estatuto da Cidade). Igual penalização receberá o agente privado que tenha adquirido o imóvel do Poder Público ou que tenha obtido a concessão para promover o aproveitamento, com base nos §§5º e 6º do art.8º do Estatuto¹⁵.

No que tange ao procedimento para realizar esta desapropriação, adiante-se apenas que, pelo fato de não haver lei específica que discipline a desapropriação urbanística, e tendo em vista a omissão do Estatuto da Cidade neste ponto, aplica-se o Decreto-Lei nº. 3.365/41, por ser este a Lei Geral de Desapropriações.

2. Aplicabilidade da Desapropriação Urbanística Sancionatória

2.1. Procedimento Administrativo

Atualmente, o entendimento de maior parte da doutrina é o de que a desapropriação é um procedimento administrativo e não um ato, como entende, por exemplo, Marçal Justen Filho¹⁶. Isto ocorre porque sua implementação se dá por meio de uma sucessão ordenada de ações, com o objetivo de praticar um ato final, qual seja, a adjudicação do bem ao ente beneficiário do procedimento, a desapropriação em si mesma.

Renata Peixoto Pinheiro ressalta que nem sempre o bem adquirido através do procedimento expropriatório importa a aquisição deste por ente público:

[...] o procedimento estatal em análise tem como único escopo permitir a afetação de uma propriedade a um interesse público ou social, e não só o Estado está apto a atingir esta finalidade. Assim, ao definir desapropriação, devemos apontar como beneficiário aquele que melhor utilize o bem desapropriado, que por vezes poderá ser outro particular¹⁷.

No que concerne à desapropriação urbanística sancionatória, após a efetivação do procedimento para sua aplicação, o bem passará, necessariamente, a integrar o patrimônio do Município, devendo este mesmo ente, dentro de 5 (cinco) anos, conferir ao imóvel destinação social, ou realizar alienação ou concessão a terceiros, através do devido procedimento licitatório, para que se dê o adequado aproveitamento, conforme já mencionado.

O Decreto-Lei nº. 3.365/41 dispõe sobre o procedimento administrativo que disciplina a desapropriação ordinária. Tal norma poderá ser, em muitos momentos, aplicada ao presente caso de desapropriação-sanção, tendo em vista a omissão, neste ponto, da lei federal que se propôs a regulamentar os arts. 182 e 183 da CF/88. Assim, o mencionado Decreto-Lei terá aplicação subsidiária no que tange ao procedimento administrativo para a desapropriação urbanística punitiva.

O presente procedimento expropriatório não se exaure em um só momento. Aplicando-se, no que couber, o Decreto-Lei nº. 3.365/41, pode-se entender que o Poder Público terá que declarar a necessidade de transferir compulsoriamente o bem que não está cumprindo a função social da propriedade urbana, depois de já ter visto frustrada as tentativas de conferir ao imóvel adequada utilização, através da aplicação dos incisos I e II, do art.182, §4º, da Constituição Federal.

Na primeira fase do procedimento administrativo expropriatório, de acordo com a Lei Geral de Desapropriação, deve o Poder Público municipal, e somente ele¹⁸, declarar o motivo que embasa a necessidade de efetuar-se a desapropriação. Neste ponto, adaptando-se a norma geral à desapropriação urbanística sancionatória, cumpre esclarecer eventual obscuridade que possa ocorrer acerca de em qual norma reguladora poderia enquadrar-se a motivação da desapropriação, eis que a doutrina limita-se apenas a afirmar que a justificativa para a referida desapropriação é tão-somente o interesse social.

Considerando devida a aplicação da Lei Geral a esta espécie expropriatória no que concerne à fase declaratória, far-se-ia necessário, primeiramente, especular sobre que sentido deve ser dado a este “interesse social”. Caso seja conferida a esta expressão uma interpretação literal, pode-se afirmar que a doutrina estaria sugerindo que, malgrado o procedimento desta espécie expropriatória estivesse submetido ao Decreto-Lei nº. 3.365/41, por força da omissão da Lei nº. 10.257/01, sua motivação estivesse afeita à Lei nº. 4.132/62, ou até mesmo a algumas das motivações contidas no DL nº. 3.365/41. Caso seja dada uma interpretação não literal à referida expressão, a aplicação da desapropriação urbanística sancionatória limitar-se-ia às situações de descumprimento do quanto determinado pelo plano diretor municipal, tendo em vista que é por este que a propriedade pode ser objetivamente avaliada no que concerne ao cumprimento ou não da sua função social urbana.

Importante lembrar que, caso fosse feita a primeira opção e se tomasse a expressão “interesse social” em sentido literal, correr-se-ia sério risco de confundir a motivação da desapropriação simplesmente urbanística com a desapropriação urbanística punitiva, eis que a desapropriação urbanística ordinária encontra motivação na Lei nº. 4.132/62 e também no Decreto-Lei nº. 3.365/41. É claro que, em ambos os casos de desapropriação urbanística, ordinária e sancionatória, está envolvido o interesse social *lato sensu*, sendo que é esta última que tem o objetivo mais imediato de fazer com que seja cumprido um interesse social, qual seja, a função social da propriedade urbana, para, de maneira mediata, possibilitar o cumprimento das funções sociais da cidade.

Seguindo esse raciocínio, conclui-se, neste primeiro momento –independentemente de se considerar a Lei Geral de Desapropriação aplicável ou não à fase declaratória da desapropriação-sanção em tela –, que as motivações para a desapropriação urbanística ordinária

podem ser encontradas tanto no art. 5º. do Decreto-Lei nº. 3.365/41, quanto no art. 2º da Lei nº. 4.132/62, e que a motivação para a desapropriação urbanística sancionatória está presente no plano diretor municipal, quando da sua inobservância, dando causa ao descumprimento da função social da propriedade urbana.

É lógico que, em caso de omissão do plano diretor quanto à especificação do conteúdo e/ou fornecimento de balizas para avaliar o cumprimento da função social da propriedade urbana, ou em caso de inexistência do próprio plano diretor, lei municipal específica deverá preencher esta lacuna, podendo basear-se, inclusive, nos valores que norteiam as hipóteses de desapropriação urbanística ordinária, previstas no Decreto-Lei nº. 3.365/41 e na Lei nº. 4.132/62. Não existindo, ainda, lei municipal específica para tanto, outro caminho não resta senão o de utilizar esses dois diplomas normativos para conferir a motivação devida para efetuar a desapropriação urbanística punitiva.

Pelo exposto, percebe-se que à expressão “interesse social” deve ser dada a interpretação não literal, de modo a não conferir à desapropriação aqui tratada motivação além dos limites do que estiver contido no plano diretor, se este existir, ou lei municipal específica que o substituir.

Desta feita, a fase declaratória da desapropriação urbanística sancionatória, motivada pelo interesse social de ver cumprida a função social da propriedade urbana, de acordo com os parâmetros fixados no plano diretor municipal, consistiria na manifestação da Administração quanto à necessidade de transferir o bem não adequadamente aproveitado pelo particular ao patrimônio do Município.

Tal declaração, sendo considerada realmente necessária, deve delimitar, com precisão, o objeto da desapropriação, o que, especialmente no caso da desapropriação urbanística sancionatória, não será difícil, tendo em vista que o imóvel a ser expropriado já terá sido objeto de notificação para parcelamento, edificação ou utilização compulsórios e incidência de IPTU progressivo no tempo. Resta claro, também, que a referida declaração deve informar o fim a que se destina a desapropriação, para que possa ser controlado tal procedimento administrativo quanto a eventual desvio de finalidade, bem como sua real necessidade (caso não tenham passados cinco anos de aplicação de IPTU progressivo no tempo, por exemplo). Seria de grande valia, ainda, que a declaração indicasse o dispositivo contido no plano diretor (ou na lei específica que o substitua) que foi violado¹⁹.

No que concerne à sua formalização, esta pode dar-se por decreto expropriatório expedido pelo Prefeito, ou através do Poder Legislativo, mediante lei, que será uma lei de efeitos concretos, a revelar, em verdade, verdadeiro ato administrativo de conteúdo declaratório.

Ressalte-se que, na desapropriação urbanística sancionatória, não há nenhuma discricionariedade por parte da Administração Pública em aplicá-la, seja porque sua incidência é consequência de uma aplicação sucessiva de instrumentos para conferir adequada utilização ao imóvel urbano, conforme dispõe o art.182, §4º, da Constituição Federal de 1988, seja porque sua motivação estará relacionada ao descumprimento do plano diretor, aferível de forma relativamente objetiva.

Tratando-se de ato administrativo, o ato de declaração estaria sujeito ao controle judicial, podendo ser apreciado nos seus aspectos de competência, forma, objeto, finalidade e motivação.

Com a declaração do interesse social (*lato sensu*) da desapropriação urbanística sancionatória, o Município passaria a ter contado contra si o prazo de cinco anos para conferir ao imóvel o seu adequado aproveitamento ou, ainda, aliená-lo ou conceder sua utilização a terceiros. Caso contrário, o imóvel continuará de titularidade do particular. Evidente que, se o Município já dispusesse de meios para conferir a imediata utilização do imóvel em vias de

desapropriação, poderia ele, desde já, penetrar no imóvel, para, ainda, fixar o seu estado, com vistas à fixação da longínqua indenização a ser paga por títulos da dívida pública.

Contudo, a discussão acima exposta apenas tem relevo caso se considere necessária a ocorrência da fase declaratória na desapropriação urbanística sancionatória. Segundo o entendimento do doutrinador José dos Santos Carvalho Filho, tal decreto expropriatório (ou a lei de efeitos concretos promulgada pela Câmara de Vereadores) seria dispensável, tendo em vista que seu objetivo já fora exaustivamente cumprido, qual seja, comunicar o propósito da Administração ao proprietário, já por demais avisado sobre a possibilidade de ocorrer a desapropriação (no mínimo, desde quando foi notificado para o cumprimento da obrigação urbanística).

O referido jurista reforça seu entendimento afirmando, ainda, que a motivação para a desapropriação continua sendo a mesma da notificação, qual seja, a necessidade de adequação do imóvel ao plano diretor²⁰ para observância da política urbana, razão pela qual não seria nenhuma surpresa para o proprietário a ocorrência da desapropriação urbanística sancionatória. Por fim, ressalta que o Decreto-Lei nº. 3.365/41 apenas deve ser aplicado no que couber quando for o caso da presente desapropriação-sanção, de modo que foi o seu art.2º que determinou a necessidade da referida declaração no caso da desapropriação ordinária, não tendo esta norma o condão de exigir a referida declaração para a espécie aqui tratada.

Tal posicionamento coaduna-se perfeitamente com o aqui proposto, principalmente pela consequência imediata que a exclusão da fase declaratória traria ao procedimento em tela, qual seja, a maior celeridade do procedimento expropriatório. Contudo, vislumbra-se apenas um obstáculo à fiel adesão do posicionamento mencionado: em que momento seria indicado o estado do imóvel, para efeito de fixação da futura indenização. Surgida alternativa para superação desta barreira, concorda-se plenamente com o entendimento acima esposado.

Quanto à fase executória da desapropriação urbanística sancionatória, é por esta via que, finalmente, o bem objeto da expropriação será transferido, com a consequente entrega dos títulos da dívida pública para futuro real pagamento da indenização. Por esta fase do procedimento, serão providenciadas todas as medidas para efetivamente transferir a propriedade. A competência para esta fase abrange desde a negociação com o particular até o término de eventual processo judicial de desapropriação.

Cumprе ressaltar que o art. 3º da Lei Geral Expropriatória assevera que “Os concessionários de serviços públicos e os estabelecimentos de caráter público ou que exerçam funções delegadas de poder público poderão promover desapropriações mediante autorização expressa, constante de lei ou contrato.”. Levando-se em conta que tal Decreto-Lei é a norma aplicável, no que couber, para promover a desapropriação-sanção em tela, depreende-se do artigo transcrito que a competência executória para promovê-la competiria não só ao Município diretamente, como também a pessoas delegadas do Poder Público municipal (autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações públicas, concessionárias e até permissionárias de serviço público – estas por força do art. 40, parágrafo único, da Lei nº. 8.987/95).

Tal procedimento expropriatório pode ocorrer de forma amigável²¹ ou não, o que completará a transmissão do imóvel através da via administrativa ou judicial, respectivamente.

Quando há um acordo entre o particular e o Município, o encontro de vontades entre as partes incide sobre o objeto da desapropriação e sobre o valor oferecido. Assim, o proprietário desiste de insistir em não conferir ao imóvel adequada utilização e aceita o pagamento em títulos da dívida pública, resgatáveis em até 10 (dez) anos. Transferido compulsoriamente o imóvel ao patrimônio público, este passa a integrá-lo, como forma de aquisição originária da propriedade urbana.

Relembre-se, contudo, que a desapropriação urbanística em tela tem caráter punitivo, o que sugere que, dificilmente, seu procedimento transcorra de forma tão simples, com a aquiescência do infrator que aceitaria a sanção que lhe é imposta. É de difícil imaginação a ocorrência de fase executória puramente administrativa. Ao revés, é de se entender que o proprietário desidioso o é por seus motivos e se o foi por tanto tempo (no mínimo oito anos) é porque provavelmente algum interesse que lhe é relevante cerca o imóvel em comento.

Desta feita, urge que seja analisada a hipótese mais provável de ocorrência da fase executória desta desapropriação-sanção urbana, qual seja, pela via judicial.

2.2. Processo Judicial

Não havendo acordo entre o Poder Público municipal e o proprietário, o conflito de interesses surgido deverá ser solucionado pelo Poder Judiciário, através do ajuizamento de ação de desapropriação por parte do desapropriante em face do desapropriado.

Ressalte-se que a discussão de mérito a ser levada à esfera judicial cinge-se unicamente ao preço da indenização a ser paga em títulos da dívida pública, não cabendo ao Estado-Juiz, nesta ação, verificar a ocorrência ou não de real descumprimento pelo particular do quanto determinado pelo plano diretor municipal, capaz de ensejar a iniciativa de desapropriar o imóvel provável descumpridor da função social da propriedade urbana. Caso o proprietário deseje questionar a motivação do ato ou qualquer outro aspecto que não seja o valor da indenização, deve ele buscar satisfazer tal pretensão através de via autônoma – a chamada “ação direta”, de acordo com o art. 20 do DL nº. 3.365/41²².

Em sentido oposto, permitir que o proprietário suscite questão diversa ao valor oferecido como indenização no processo de desapropriação ajuizado pelo Município, seria retardar, em demasia, o já lento procedimento expropriatório, o que, mais uma vez, beneficiaria o proprietário desidioso, já provavelmente bastante ciente das consequências de sua inércia, além de adiar a tão necessária adequada utilização do solo urbano.

Saliente-se, ainda, que seria praticamente impossível, ou mesmo inexistente, a possibilidade de o Município propor ação para desapropriação urbanística sancionatória motivada por hipótese que não configurasse desrespeito ao plano diretor (ou lei municipal que suprisse sua ausência). Isto porque é longo e essencialmente documentado o *iter* a ser cumprido antes de efetuar-se a referida desapropriação. Contrário ao aqui defendido, admite Rita Tourinho que a discussão sobre desvio de finalidade no processo de desapropriação possa ocorrer dentro da própria ação expropriatória²³.

Apresentada petição inicial apta a produzir seus efeitos e presentes seus requisitos específicos neste tipo de processo, tais como a documentação específica que comprove haver ocorrido a notificação ao proprietário (art. 182, §4º, I, CF/88), bem como a incidência, por 05 anos, do IPTU progressivo no tempo (art.182, §4º, II, CF/88), além da escritura pública que comprove a titularidade do imóvel por parte do réu na ação ajuizada²⁴, será citado o proprietário para, no prazo de 15 dias, oferecer contestação.

A defesa só poderá versar sobre questões processuais que possam ser conhecidas de ofício e sobre o valor da indenização a ser paga, cabíveis, ainda, exceções instrumentais de competência, impedimento ou suspeição. A reconvenção, contudo, não é admitida no processo expropriatório. Justificando tal fato, José dos Santos Carvalho Filho, citando José Carlos de Moraes Salles, afirma:

A reconvenção é uma ação proposta pelo réu contra o autor dentro do processo que este move contra aquele. Ora, de acordo com o art. 20 da lei expropriatória, qualquer outra questão ligada à relação entre expropriante e expropriado deve ser dirimida em ação direta, que significa uma ação e um processo autônomos. Nesses termos, não é difícil constatar que essa regra processual torna inviável o oferecimento da reconvenção na ação de desapropriação²⁵.

Com vistas a tornar mais célere a desapropriação em curso, de modo a transferir de pronto o imóvel urbano até então relutante em cumprir sua função social, urge que, como na desapropriação ordinária, seja aqui admitida a ocorrência de imissão provisória na posse, por parte do Município. Por esta medida, o ente local passa a ter a posse provisória do imóvel antes da finalização da ação expropriatória.

Contudo, grande adaptação do contido no art.15 do Decreto-Lei nº. 3.365/41 deverá ser feita para que tal medida possa ser aplicada na desapropriação em comento. Isto porque prevê o art.15 que o expropriante, alegando urgência e depositando quantia arbitrada, poderá ser imitado na posse. Relembre-se, entretanto, que a desapropriação urbanística sancionatória possui, como seu nome já informa, caráter punitivo e, por isto, sua indenização não é paga previamente em dinheiro, mas sim posteriormente em títulos da dívida pública.

Assim, defende-se aqui, quando da adequação desta norma contida na Lei Geral de Desapropriação para o processo judicial em exame, que seja permitida a imissão provisória na posse por parte do Município sem a necessidade de efetuar qualquer depósito de valor, eis que tal situação estaria em contrariedade ao fundamento da desapropriação trazida pelo art. 182, §4º, III, CF/88.

O mesmo ocorrerá no que se refere à imissão na posse quando se tratar de prédio residencial urbano. Neste caso, não deverá ser aplicado o quanto disposto pelo Decreto-Lei nº.1.075/70, mas sim a solução apontada acima, eis que ambos os casos configuram situações idênticas.

Destarte, no que concerne à desapropriação urbanística sancionatória, apenas um pressuposto deve ser cumprido para permitir ao Município que entre, de logo, no imóvel, sendo este a declaração de urgência na utilização adequada do imóvel em desapropriação. Configurada a situação de urgência, tem o ente local direito subjetivo à imissão provisória.

Ressalte-se que somente o Município pode avaliar se a situação é urgente ou não. Em verdade, o cumprimento da função social da propriedade urbana e o da cidade são sempre necessários ao bem-estar coletivo e em algumas situações podem, além de necessários, ser urgentes. Alegada a urgência, o Município, conforme assevera o DL nº. 3.365/41, em seu art.15, §2º, tem 120 (cento e vinte) dias para requerer, por uma única vez, a imissão provisória na posse, sob pena de o juiz não mais ter a obrigação de conceder a medida.

Quanto à prova a ser realizada neste tipo de ação, cumpre transcrever, mais uma vez, as lições de José dos Santos Carvalho Filho:

[...]não se pode perder de vista que na ação de desapropriação o *meritum causae* se adstringe à discussão sobre o valor indenizatório. É esse ponto que vai ser objeto das provas a serem produzidas por expropriante e expropriado. Se é verdade que as partes podem produzir prova documental, testemunhal e outras admitidas pelo estatuto processual vigente, não é menos verdadeiro que o meio fundamental e costumeiro

ENTRE ASPAS

para comprovar suas alegações é, de fato, a prova pericial, ou seja, aquela prova técnica que vai indicar ao juiz os elementos para a fixação do valor indenizatório²⁶.

Nesse sentido, dispõe o art.23 do DL nº. 3.365/41, com apoio do art.435 do CPC.

No que concerne à intervenção do *Parquet*²⁷, configura-se esta indispensável, por força do disposto no art. 82, inciso III, do Código de Processo Civil. O Município, como uma das partes do litígio, está, em última análise, defendendo interesse público. A própria lide tem por escopo finalizar procedimento que beneficiará toda a coletividade, eis que visa assegurar, através da transferência da propriedade ao ente federativo, o cumprimento das funções sociais da propriedade urbana e da cidade. Deste modo, faz-se necessário o pronunciamento do Ministério Público no feito.

Ultrapassadas as etapas acima mencionadas, finalmente chega o momento de o Estado-Juiz pronunciar-se quanto à lide posta à sua apreciação. Vencidas as questões que ensejariam a extinção do processo sem a resolução do mérito, a sentença deverá fixar o valor da indenização, a ser paga em títulos da dívida pública, com prévia aprovação do Senado Federal, resgatáveis em até 10 (dez) anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real e os juros “legais”.

No que concerne à sentença em ação de desapropriação, assevera o art.27 do DL nº 3.365/41:

Art. 27. O juiz indicará na sentença os fatos que motivaram o seu convencimento e deverá atender, especialmente, à estimação dos bens para efeitos fiscais; ao preço de aquisição e interesse que deles auferir o proprietário; à sua situação, estado de conservação e segurança; ao valor venal dos da mesma espécie, nos últimos cinco anos, e à valorização ou depreciação de área remanescente, pertencente ao réu.

Ocorre, entretanto, que o artigo supratranscrito somente deve ser seguido à risca quando se tratar de desapropriação ordinária. Para a desapropriação em tela, a sentença, por óbvio, deve indicar os fatos que motivaram seu convencimento e, na quantificação do valor indenizatório, por força do que asseveram os arts.182, §4º, III, CF/88 e 8º, §2º, I, do Estatuto da Cidade, este deve refletir o valor “real” do imóvel, ou seja, “o valor da base de cálculo do IPTU, descontado o montante incorporado em função de obras realizadas pelo Poder Público na área onde o mesmo se localiza após a notificação de que trata o § 2º do art.5º do Estatuto²⁸.”

Contra a estipulação do valor da indenização conforme o valor de mercado do imóvel expropriado, esclarece Nelson Saule Júnior²⁹:

[...]não é o de considerar, na apuração do valor da indenização, a valorização imobiliária decorrente de investimentos públicos, como também o valor referente ao potencial de construção decorrente da legislação urbanística. A introdução deste critério evita que o Município continue destinando uma significativa parcela dos seus recursos para o pagamento de indenizações de imóveis urbanos, com base no valor de mercado, sem que estes tenham de fato um uso social que atenda os interesses da comunidade.

Esses recursos passam a ser aplicados na prestação dos serviços para a coletividade, ao invés de beneficiar individualmente aqueles que se apropriam da riqueza da cidade com a utilização do espaço urbano para fins de especulação imobiliária. Na desapropriação para fins de reforma urbana, a natureza de ser uma desapropriação-sanção justifica que o valor da indenização seja inferior ao valor de mercado, como meio de respeitar o princípio da igualdade, promover a justa distribuição de benefícios e ônus da atividade urbanística e recuperar para a coletividade a valorização que se originou pela ação do Poder Público.

Saliente-se, ainda, a questão sobre a incidência de juros legais no valor indenizatório arbitrado. Sobre este devem operar-se apenas juros moratórios, e não compensatórios, conforme será demonstrado.

Os juros moratórios, enquanto penalidade imposta ao devedor pelo atraso no cumprimento da obrigação, incidirão sobre o valor da indenização arbitrado, corrigido monetariamente³⁰, quando, depois de fixado o valor da indenização pela sentença, o Município retardar a entrega dos títulos da dívida pública em relação ao prazo por ela fixado para esta tradição, desde que já tenha esta transitado em julgado³¹.

O Estatuto da Cidade, em seu art.8º, §§1º e 2º, é claro quanto ao estabelecimento do valor da indenização e da incidência e quantificação de juros, afastando claramente qualquer adaptação a ser feita do DL n°. 3.365/41:

Art. 8º [...]

§ 1º Os títulos da dívida pública terão prévia aprovação pelo Senado Federal e serão resgatados no prazo de até dez anos, em prestações anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais de seis por cento ao ano.

§ 2º O valor real da indenização:

I – refletirá o valor da base de cálculo do IPTU, descontado o montante incorporado em função de obras realizadas pelo Poder Público na área onde o mesmo se localiza após a notificação de que trata o § 2º do art. 5º desta Lei;

II – não computará expectativas de ganhos, lucros cessantes e juros compensatórios.

A Lei Geral de Desapropriação assevera, em seu art.15-B, que tais juros de mora (ou juros “legais”, conforme a nomenclatura do art. 8º, §1º) serão devidos a partir de 1º de janeiro do exercício seguinte àquele em que o pagamento deveria ser feito, nos termos do art. 100 da Constituição Federal (sistema de precatórios) – o que retardaria a incidência dos juros moratórios, como se pode perceber. Não é o que aqui se defende. O momento para incidência destes deve ser o termo fixado pela sentença, desde que transitada em julgado, que certamente deverá respeitar o quanto neste âmbito for estipulado pelo Senado Federal, quando da emissão dos títulos da dívida pública. Sobre o valor dos juros moratórios não deve girar qualquer controvérsia, eis que o Estatuto da Cidade é claro e estabeleceu o mesmo em percentual fixo (seis por cento ao ano).

Os juros compensatórios, por sua vez, não serão devidos pelo Município, conforme

disposição expressa do art.8º, §2º, II, do Estatuto da Cidade. E não é difícil entender o porquê. Tais juros destinam-se a compensar perda de renda comprovadamente sofrida pelo proprietário, o que, quando da ocorrência de desapropriação urbanística sancionatória, simplesmente inexistente. Esta ocorre justamente porque ao imóvel não foi conferido o adequado aproveitamento, não emergindo deste qualquer proveito econômico ao particular que não, talvez, a nociva especulação imobiliária. Desta maneira, não se deve recompensar o proprietário com a incidência de juros compensatórios justamente porque não há o que deva ser compensado.

O proprietário que não faz com que sua propriedade urbana cumpra a função social, seja porque não lhe confere adequado aproveitamento, seja porque a faz de objeto de especulação imobiliária, não experimenta prejuízo que deva ser ressarcido, razão pela qual, nesta espécie expropriatória, somente serão cabíveis os juros moratórios, eis que decorrentes de mora no cumprimento da obrigação do Município entregar títulos que consubstanciam a indenização devida.

Por fim, a sentença deve versar ainda sobre os honorários advocatícios. Estes devem incidir, conforme determina o art.27, §1º, do DL nº. 3.365/41, sobre a diferença entre o valor da indenização fixado pela sentença e o valor da oferta inicialmente feita pelo Município, quando propôs a ação (valor da causa na petição inicial). Tais honorários sofrerão correção monetária e incidirão sobre eles apenas juros moratórios, já que incabíveis os compensatórios, de modo a aproveitar-se apenas em parte o entendimento cristalizado pela Súmula nº. 131 do Superior Tribunal de Justiça³².

Quanto ao percentual dos honorários, sugere-se aqui a aplicação do previsto pelo art.20 do CPC, de modo a evitar eventual abuso do Poder Público quando do oferecimento do valor indenizatório³³. Reduzir de 10% a 20% (art.20, CPC) para 0,5% a 5% (art.27, §1º, do DL nº. 3.365/41) o valor do percentual dos honorários incidentes sobre a diferença entre o preço oferecido e o fixado para a indenização na sentença, automaticamente faria com que o Município pagasse muito menos no que se refere aos honorários de sucumbência, o que só incentivaria este ente a oferecer preço menor, haja vista que, mesmo que fosse grande a diferença entre o oferecido e o arbitrado, ainda estaria o ente em evidente vantagem.

Fixado o valor da indenização pela sentença, o expropriante deverá, em cumprimento ao último ato para aperfeiçoar a desapropriação, entregar ao expropriado os títulos da dívida pública que consubstanciarão o valor indenizatório, a serem resgatados em até 10 (dez) anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas. Estes títulos já deverão estar aprovados pelo Senado Federal. É razoável e necessário que tal aprovação ocorra antes mesmo de ser proposta a ação judicial, caso contrário não estaria, ainda, assegurada a indenização devida, razão pela qual não poderia sequer ser promovida a desapropriação. Assim, entregues os títulos da dívida pública ao proprietário, o imóvel passa a integrar o patrimônio do Município.

Por força desse último ato, opera-se, também, a imissão definitiva na posse do bem pelo Município, caso antes já tenha ocorrido a imissão provisória. Outrossim, ressalte-se que, proferida a sentença, deve-se regularizar a transferência do bem junto ao Registro de Imóveis. Consta-se, desta maneira, que a sentença opera dois efeitos, quais sejam: a autorização para imissão definitiva na posse do imóvel (se antes já houve a imissão provisória) e a materialização de título idôneo para a transcrição da propriedade no registro imobiliário.

O art. 31 do Decreto-Lei nº. 3.365/41 assevera, ainda, que “Ficam sub-rogados no preço quaisquer ônus ou direitos que recaiam sobre o bem expropriado”. Por esta norma, conclui-se que eventual direito de terceiro sobre o bem expropriado será substituído por indenização, a ser exigida em ação autônoma, se for o caso. Desta maneira, quando forem

entregues os títulos da dívida pública ao expropriado, os interessados devem buscar nestes títulos os valores correspondentes aos seus direitos, respectivamente, em consonância com a natureza e extensão do que lhes é devido.

Por fim, há a possibilidade de desistência da ação judicial de desapropriação. Tratando-se de desapropriação urbanística sancionatória, esta deverá ser feita através de declaração expressa, pelo autor da ação, nos autos³⁴, e este ainda não deve ter realizado a entrega dos títulos da dívida pública, fato que consumaria a desapropriação em comento. O expropriado não poderá oferecer resistência à desistência, nessas circunstâncias, sendo razoável, entretanto, que tenha direito à indenização se tiver sofrido algum prejuízo. Ressalte-se, ainda, que caso já tenha ocorrido a imissão provisória na posse, a desistência da ação não poderá mais ocorrer se forem constatadas alterações que não mais possam ser revertidas no imóvel objeto da lide. Neste sentido, já decidiu o STJ:

DESAPROPRIAÇÃO. DESISTÊNCIA DA AÇÃO. IMPOSSIBILIDADE, EM FACE DAS ALTERAÇÕES VERIFICADAS NO IMÓVEL, APÓS A IMISSÃO NA POSSE.

Constatadas substanciais alterações no imóvel objeto da ação expropriatória, tornando impossível a restituição no estado em que se encontrava antes da imissão provisória, não há como se acolher o pedido de desistência apresentado pelo expropriante.

(REsp 132398/SP, Rel. MIN. HELIO MOSIMANN, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/09/1998, DJ 19/10/1998, p. 62).

Entendidos o procedimento administrativo e o processo judicial pelos quais passa ou pode passar o procedimento da desapropriação urbanística sancionatória, analise-se agora sua possibilidade de aplicação enquanto instrumento para o alcance e efetivação do cumprimento da função social da cidade.

2.3. Obstáculos à Aplicação do Instrumento

Conforme mencionado anteriormente, a desapropriação urbanística sancionatória, novidade trazida pela Carta de 1988, nunca foi aplicada, mesmo depois do advento de lei que veio regulamentar os arts. 182 e 183 da Constituição Federal.

Curioso, desta forma, perquirir pelos motivos que ensejaram a não aplicabilidade deste instrumento, com grande potencial para promover verdadeira reforma urbana, tão necessária em tempos em que se evidencia a desorganização do espaço das cidades, caracterizadas por inchaços e vazios urbanos.

Com o intuito de removê-los, expõe-se, agora, os obstáculos à efetivação da desapropriação urbanística sancionatória, instrumento criado para obrigar o cumprimento da função social da propriedade urbana através do quanto determinado plano diretor municipal.

A não aplicação de instrumento com tal poder de promover grande transformação na paisagem urbana não se deve à sua desnecessidade. É cediço que a organização do espaço urbano é imprescindível para que ocorra o desenvolvimento da cidade, com melhoria da qualidade de vida dos que nela habitam ou transitam, possibilitando, enfim, a real fruição do direito à cidade.

ENTRE ASPAS

Não é difícil verificar os obstáculos que impedem que a desapropriação-sanção em comento produza os efeitos que lhe conferiram sua razão de ser. Primeiramente, mencione-se o que talvez gere maior indignação. A Resolução nº. 78, de 01.07.1998, editada pelo Senado Federal, determinante sobre a forma de pagamento da indenização da desapropriação tratada (títulos da dívida pública).

A referida Resolução, aprovada pelo Senado Federal e publicada pelo seu então Presidente, o Senador Antônio Carlos Magalhães, dispõe sobre “as operações de crédito interno e externo dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e de suas respectivas autarquias e fundações, inclusive concessão de garantias, seus limites e condições de autorização, e dá outras providências.”

Logo de início, estabelece a Resolução:

Art. 1º As operações de crédito interno e externo realizadas pelos Estados, pelo Distrito Federal, pelos Municípios e por suas respectivas autarquias e fundações são subordinadas às normas fixadas nesta Resolução.

Art. 2º Para os efeitos desta Resolução compreende-se, como operação de crédito, os compromissos assumidos com credores situados no País ou no exterior, com as seguintes características:

I - toda e qualquer obrigação decorrente de financiamentos ou empréstimos, inclusive arrendamento mercantil;

[...]

§1º. Considera-se financiamento ou empréstimo:

I - a emissão ou aceite de títulos da dívida pública;

Como já afirmado, a forma de pagamento da indenização da desapropriação urbanística sancionatória dá-se através de títulos da dívida pública, aprovados pelo Senado Federal previamente, inserindo-se estes na dívida interna do País, portanto. A mencionada Resolução, por sua vez, veio disciplinar o procedimento pelo qual será realizada a emissão de tais títulos.

A norma editada pelo Senado estabelece, no seu artigo 21, que estão sujeitas à autorização específica desta Casa, entre outras operações, a emissão de títulos da dívida pública (inciso III). Tal competência insere-se na prevista pelo art.52, incisos VI e IX, da Constituição Federal de 1988³⁵.

A referida autorização do Senado Federal por si só já é complexa e envolve uma série de atos. Seu procedimento específico está detalhado na referida Resolução e conta com a participação do Banco Central, Câmara de Vereadores, Prefeito, Tribunal de Contas do Município, Secretaria do Tesouro Nacional, entre outros órgãos ou autoridades.

Finalmente, encontra-se no art. 10º da Resolução o obstáculo propriamente dito. Dispõe este que “Até 31 de dezembro de 2010, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios somente poderão emitir títulos da dívida pública no montante necessário ao refinanciamento do principal devidamente atualizado de suas obrigações, representadas por essa espécie de títulos”. Desta maneira, constata-se, claramente, que eventual necessidade de emissão de títulos da dívida pública pelos referidos entes só poderá ocorrer caso se relacionem estes títulos com obrigações já contraídas pelos entes federativos, tornando, assim, inviável, até 31.12.2010, a emissão dos títulos para finalidades outras, entre as quais inclui-se o pagamento da indenização quando da desapropriação-sanção urbana, ainda não iniciada.

Após a verificação dessa norma, outro caminho não resta senão o de concluir que a desapropriação urbanística sancionatória, que não é confiscatória, mas tão- somente punitiva,

não poderá ser aplicada, tendo em vista que não pode ser indenizada. Esta limitação perdurará até 31.12.2010. Até lá, Resolução do Senado Federal torna estéril comando constitucional, regulamentado por Lei Federal, revelando-se, assim, de eficácia prejudicada um importante instrumento para a efetivação, em última análise, da função social da cidade.

Neste ponto, impossível não registrar repulsa à limitação sofrida por uma norma constitucional e, por isso, inquestionavelmente superior, por outra, inferior, ambas contidas no mesmo Ordenamento. A norma que determina a aplicação da desapropriação urbanística sancionatória, por ser de índole constitucional – repita-se – sinaliza a relevância do objeto que tutela, qual seja, a função social da propriedade urbana. Seu intento é, através do cumprimento do quanto determinado pelo plano diretor do Município e da função social da propriedade urbana, possibilitar a ordenação e o desenvolvimento das funções sociais da cidade para garantir o bem-estar de seus habitantes. Absurdo, entretanto, que tal finalidade, dirigida a uma coletividade, encontre limitação de ordem econômico-financeira, emanada por uma casa legislativa (Senado Federal), de modo a ruir, por um só ato, tudo quanto foi idealizado.

Observe-se, contudo, que é a própria Constituição Federal, primeiramente, através de seu art.52, incisos VI e IX, que autoriza o Senado Federal, no exercício da competência que lhe é atribuída, a promover tal obstáculo, arcando, assim, a Lei Maior com o risco de uma “sabotagem”, ainda que por via indireta, ao que ela mesma determina.

Neste momento, indispensável trazer as lições de Ruy de Jesus Marçal Carneiro:

O que se vê, portanto, embora o grande alcance social do art.182 da Constituição Federal, são os obstáculos colocados à frente do Poder Público municipal para a execução da sua política de desenvolvimento urbano, claramente detectáveis, através da qual possa ativar as funções sociais da cidade e buscar ‘garantir o bem-estar dos seus habitantes’, bem como obrigar que a propriedade do particular possa cumprir sua ‘função-social’.

Afinal, em sendo tudo isto, como bem se observa, da plenitude do ‘interesse local’ (art.30, I, da CF), preferível seria que o Município pudesse ter uma margem de liberdade não ficar atado às providências de outras instituições para que bem possa cumprir os seus objetivos incrustados na Carta Magna³⁶.

Como se pode observar do trecho supratranscrito, recomendável seria que o Poder Público municipal não ficasse tão dependente do Senado Federal para implementar ações que são de interesses locais. Este mesmo posicionamento é defendido por Kiyoshi Harada: “[...]essa espécie de desapropriação subordina-se a uma série de requisitos[...], alguns deles sob o domínio da vontade de um órgão que lhe é estranho. Daí a dificuldade de sua implementação pelo Poder Público local”³⁷.

Em última análise, pode-se afirmar que a Resolução nº. 78/98 do Senado Federal, enquanto obstáculo criado (e admitido no Ordenamento), retrata apenas mais uma situação em que o econômico emperra o jurídico e o orçamento impede a eficácia de um instrumento para a concretização de um direito (o direito à cidade), de modo a tornar o instrumento impotente e a impossibilitar a fruição do direito.

Em suma, os primeiros dois entraves que se apresentam para fins de aplicabilidade da

desapropriação urbanística sancionatória são: permitir que o Senado Federal aprove os títulos da dívida pública municipal (obstáculo trazido pela própria Constituição Federal), bem como, por consequência de risco assumido, a Resolução nº. 78/98, aprovada por esta Casa, no exercício de sua competência constitucional, proibindo a emissão destes até 31.12.2010.

Não menos relevante do que os obstáculos acima apresentados, outro entrave existente a ser superado para fins de aplicação da desapropriação urbanística sancionatória consiste na própria morosidade do procedimento expropriatório, a revelar-se incompatível principalmente com o princípio da eficiência, o qual deve permear todas as ações da Administração Pública, inclusive municipal (art.37, *caput*, da CF/88).

O longo caminho a ser percorrido para aplicar a penalidade imposta pelo descumprimento da função social da propriedade urbana ao proprietário inerte, sem dúvida, constitui óbice à aplicação do instrumento de grande valia para a organização e desenvolvimento do espaço urbano.

Relembre-se que, antes de incidir o inciso III, do §4º, do art.182, da Constituição Federal, é necessário primeiro aplicar-se o inciso I e, depois, o inciso II. O referido parágrafo, conforme já mencionado, é claro ao estabelecer uma ordem sucessiva na aplicação dos instrumentos que elenca.

Dessa maneira, o parcelamento, edificação ou utilização compulsórios do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, serão determinados pelo Poder Público municipal e devem respeitar os prazos estabelecidos pelo art. 5º, §4º, incisos I e II, e §5º, do Estatuto da Cidade, observando-se o quanto disposto pelo art.6º desta mesma lei. Os referidos prazos asseguram, no mínimo, o período de três anos, para conferir o adequado aproveitamento do solo urbano.

Desrespeitado o quanto determinado pelo inciso I, passa-se a aplicar o IPTU progressivo no tempo, que poderá ser cobrado por até cinco anos. Desta maneira, na melhor das hipóteses, terão sido transcorridos oito anos para que, enfim, se possa proceder à desapropriação urbanística sancionatória.

O procedimento de expropriação comum é realizado em duas fases, a declaratória e a expropriatória. Defende-se aqui, conforme já ressaltado, o ponto de vista de que a desapropriação urbanística sancionatória, por não guardar as mesmas características das outras espécies de desapropriação e tendo que cumprir o *iter* acima mencionado, deve apenas passar pela fase executória, não sendo necessário ao Poder Público municipal declarar sua necessidade, eis que foi justamente isto o que o Município acabou fazendo nesses oito anos (no mínimo). Esta é uma maneira, inclusive, pela qual se pode combater a morosidade do procedimento como um todo, tornando mais célere a efetivação deste instrumento.

A própria fase executória, também, ainda demanda tempo para ser concluída, podendo este ser maior ainda, caso se tenha de recorrer à via judicial. Constata-se, assim, que não é fácil aplicar o instrumento objeto desta explanação, malgrado sua importância seja evidente.

Diante do panorama aqui traçado, cabe trazer, então, uma, ainda que tímida, solução para tornar um pouco mais rápido o procedimento de aplicação da desapropriação urbanística sancionatória, qual seja, a derrogação do art.182, §4º, inciso I, da Constituição Federal de 1988 e, conseqüentemente, do art.5º da Lei nº. 10.257/01 (Estatuto da Cidade). Isto porque a obrigação imposta por estas normas implica dever de fiscalização do Poder Público municipal, o que apenas gerará despesas para seus cofres e não garantirá o cumprimento da função social da propriedade urbana perseguida.

Nesse sentido, dispõe, com perfeição, Ruy de Jesus Marçal Carneiro:

[...]refletindo-se sobre o tema, deve ser lembrado que a desapropriação é golpe de morte no patrimônio do particular, mas quando se trata do interesse social a medida há de ser tomada, pois apresenta-se um valor mais elevado a ser preservado. Desta maneira, bem poderia o legislador constituinte ater-se, tão só, a duas medidas sancionatórias pelo descumprimento das funções sociais da propriedade urbana[...]

Destarte, derrogar-se-ia o inciso I, do §4º, do art.182, pois como está, cumprindo ao Poder Público Municipal determinar que o proprietário parcele o solo urbano, ou sobre ele construa, compulsoriamente, aquele terá de manter uma fiscalização ativa e permanente para acompanhar o movimento dos recalcitrantes (e quantos poderão ser?), que redundará em vultosos estípedios para os cofres públicos.

E arremata:

Na hipótese de que o Poder Público, ele próprio e pelos seus meios, parcele ou edifique, buscando ressarcimento posterior, fácil é perceber a massa de investimentos que terá que despende para fato que não deu causa. Além disto, desviará, para atendimento destes casos, recursos humanos e materiais que poderiam ser ativados em outras áreas da Administração. Vale dizer, aqui o “investimento” será muito mais oneroso³⁸.

Desse modo, será mais fácil aplicar o instrumento em tela, a partir de 1º de janeiro de 2011, quando não mais subsistir o obstáculo imposto pelo Senado Federal, reduzindo, ao menos em três anos, o tempo para se proceder à desapropriação urbana punitiva, acelerando, por seu turno, a cumprimento da função social da propriedade urbana.

Por fim, importante ressaltar que conferir maior celeridade ao procedimento da desapropriação urbanística sancionatória é agir de acordo com o dever de eficiência, inerente à Administração Pública. Tal princípio segue em sentido oposto ao caminho percorrido pela morosidade. Conforme já ensinou o Direito Italiano, pela eficiência (*la efficienza*) há o dever de perseguir a “boa administração”³⁹. Conceituando tal princípio, ensina o Professor Paulo Modesto que esse “é a exigência jurídica, imposta aos exercentes da função administrativa, ou simplesmente aos que manipulam recursos públicos vinculados de subvenção ou fomento, de atuação idônea, econômica e satisfatória na realização de finalidades públicas assinaladas por lei, ato ou contrato de direito público”⁴⁰.

Ressalte-se que, por este princípio, não se legitima

[...]a aplicação cega de regras legais (ou de outro grau hierárquico), que leve a uma consecução ineficiente ou menos eficiente dos objetivos legais primários. As normas jurídicas ‘passam a ter seu critério de validade aferido não apenas em virtude da higidez do seu procedimento criador, como da sua aptidão para atender aos objetivos da política pública, além de sua capacidade de resolver os males que esta pretende combater’⁴¹.

Trazendo o pensamento de Francesco Manganaro, Alexandre Santos Aragão afirma que “a eficiência não pode ser entendida apenas como maximização do lucro, mas sim como um melhor exercício das missões de interesse coletivo que incumbe ao Estado”, concluindo que este Estado “deve obter a maior realização prática possível das finalidades do ordenamento jurídico, com os menores ônus possíveis, tanto para o próprio Estado, especialmente de índole financeira, como para as liberdades dos cidadãos”⁴².

Associando esse princípio ao tema em apreço, observa-se que não basta que o comando constitucional preveja, através da lógica “hipótese de incidência – sanção”, a ocorrência da desapropriação punitiva. É necessário perquirir pelo modelo de norma “finalidade – meio de alcance da finalidade”, para que, de fato, seja eficiente a aplicação da desapropriação urbanística sancionatória⁴³.

E é justamente nesse último aspecto que se encontra a dificuldade em promover a referida desapropriação. Há a sua previsão constitucional, já como sanção, em virtude do descumprimento da função social da propriedade urbana, através da não observância do plano diretor municipal, depois que restarem violadas as determinações contidas nos incisos I e II, do art.182, §4º, da CF/88. Sua finalidade é clara e também está expressa na Lei Maior, qual seja, promover o adequado aproveitamento do solo urbano. Contudo, os meios de alcance deste instrumento estão esterilizados, engessados, sobrestados, procedimental e temporalmente pelos obstáculos existentes. Tal conjectura, pois, torna de difícil aplicação a desapropriação urbana punitiva e, por conseguinte, o cumprimento, em última instância, da função social da cidade.

Neste diapasão, recapitule-se, aqui, o procedimento geral que deve ser seguido para que seja aplicada a desapropriação urbanística sancionatória, a fim de que se perceba, com clareza, a necessidade de sua reforma:

- a) Existência de um plano diretor municipal (ou lei específica que o substitua), estando neste definidas as exigências fundamentais de ordenação da cidade;
- b) inclusão da área objeto de desapropriação neste plano diretor;
- c) aplicação dos incisos I e II, do art.182, §4º, da Constituição Federal;
- d) emissão de títulos da dívida pública pelo Senado Federal para que então possa desenvolver-se o procedimento expropriatório próprio desta espécie de desapropriação.

Por tudo quanto foi exposto, percebe-se que tal situação, excessivamente burocratizada, não pode continuar a ser tolerada, de modo a impedir a efetivação de uma forma de organizar, transformar e desenvolver o espaço urbano, com vistas à melhoria da qualidade de vida nas cidades, através do cumprimento efetivo de suas funções sociais, razão pela qual se faz necessário tornar mais simples a aplicação da desapropriação urbanística sancionatória.

Considerações Finais

Como visto, a cidade é o espaço onde se desenvolvem as relações intersubjetivas entre os que a habitam ou nela simplesmente transitam. Com o crescimento desta e a intensificação

das referidas relações, conflitos de toda ordem naturalmente surgem, podendo estes ter como sujeitos, de um lado, o particular e, do outro, a coletividade.

Para resolver tal impasse, o Direito, enquanto meio de pacificação social, lança mão de um princípio seu basilar, qual seja, o da supremacia do interesse público sobre o privado. Tal preponderância pode ser facilmente verificada quando se trata de intervenção do Estado na propriedade privada.

A maneira mais grave de ocorrer a referida intervenção é por meio da desapropriação. Nesta, ocorre a transferência compulsória de bem motivada por algum interesse público previsto em lei. Dentre suas espécies, destacou-se, aqui, a desapropriação para fins urbanos com caráter de punição. Justificou-se tal medida pela intolerância ao não cumprimento reiterado, pelo proprietário, da função social da propriedade urbana.

A punição ao titular do domínio consiste em, configurada a hipótese de não conferir ao imóvel urbano o que se entende por adequada utilização, efetuar o pagamento da indenização correspondente à desapropriação através de títulos da dívida pública, resgatáveis em até dez anos, de emissão prévia pelo Senado Federal. Assim, seria sancionado o proprietário inerte com a transferência compulsória de seu bem imediatamente e o pagamento real da indenização respectiva muito posteriormente.

Tal indenização, conforme já mencionado, dependerá de aprovação de Casa Legislativa. Esta, por sua vez, no exercício de sua competência constitucional, cuidou de proibir a emissão dos títulos da dívida pública até 31.12.2010, fazendo-a por meio da Resolução nº. 78/98. Constatou-se, assim, que este é um obstáculo à aplicação da desapropriação urbanística sancionatória atualmente intransponível, eis que subordinado ao tempo.

Salientou-se, ainda, entrave de fácil percepção à aplicação deste instrumento de política urbana, qual seja, o próprio procedimento para sua efetivação, marcado, como visto, pela excessiva burocracia, através do preenchimento de vários requisitos, bem como pela morosidade, o que só colaborou para evidenciar o pouco comprometimento com o princípio da eficiência por parte da gestão municipal neste campo.

Tal situação, infelizmente, acaba por configurar mais uma barreira para que, mais do que o cumprimento da função social da propriedade urbana, seja cumprida a função social da cidade. Aquela é, em verdade, etapa desta, só existindo propriedade qualificada como urbana por existir território ocupado qualificado como cidade.

O fenômeno da cidade, por sua vez, permite concluir, assim, que esta possui mais de uma função, e que tal função, da mesma maneira como ocorre com a propriedade, é social. Tais funções sociais podem ser divididas em três grupos: funções urbanísticas (habitação, trabalho, lazer e mobilidade), tal como já dispunha a Carta de Atenas (Grécia, 1933); funções de cidadania (educação, saúde, segurança e proteção), e funções de gestão (prestação de serviços, planejamento, preservação do patrimônio natural e cultural e sustentabilidade urbana).

Dessa maneira, para que sejam alcançadas as referidas funções, é necessário que os mecanismos criados para tanto sejam dotados de máxima eficácia, o que, conforme já percebido, não está podendo ocorrer com a desapropriação urbanística sancionatória.

Está a merecer, portanto, reforma o procedimento de aplicação da referida desapropriação, a fim de aproximar sua teoria da realidade do ambiente urbano atual. Contribuindo para tal distanciamento, percebe-se o vazio que foi deixado no Ordenamento, ao não dispor de lei específica para tratar da desapropriação urbanística sancionatória, sendo, por isso, aplicada subsidiariamente a Lei Geral Expropriatória (Decreto Lei nº 3.365/41). O próprio

Estatuto da Cidade perdeu a oportunidade, pelo menos até o momento, de suprir tal omissão, eis que não cuidou de disciplinar esta matéria como deveria, permanecendo carente de regramento específico o instrumento aqui tratado.

É lamentável que mecanismo com tal potencial transformador esteja limitado por questões orçamentárias e burocráticas, e não tenha seu procedimento detalhada e individualmente tratado. A questão urbana, neste ponto, continua alijada da ordem do dia (malgrado sua relevância seja elevada a patamar constitucional), de modo que se encontra estéril mais uma forma de obrigar o proprietário a cumprir a função social de seu imóvel urbano.

Timidamente, sugere-se como uma das possíveis soluções para o problema a derrogação do art.182, §4º, I, CF/88, eis que, como já explanado, sua aplicação, além de não garantir o cumprimento da função social perseguida, apenas trará prejuízos ao Município, sendo, assim, medida completamente ineficiente. Este seria apenas o primeiro passo.

Necessário, assim, facilitar a aplicação da desapropriação-sanção, para que se possa dar fim à inércia do proprietário. Aperfeiçoada a desapropriação, o dever de cumprir a função social passa a ser do Município, que, inclusive, pode conferir o adequado aproveitamento do imóvel de forma direta ou por meio de alienação ou concessão a terceiros, garantindo, assim, o cumprimento da função social de qualquer maneira.

Ressalte-se que, através da desapropriação urbanística sancionatória, se poderá, ainda, combater de frente a socialmente tolerada especulação imobiliária, tão nociva aos interesses da coletividade, na medida em que cria desequilíbrios no acesso à propriedade. Outrossim, o potencial da referida desapropriação também reside no fato de que pode ela ordenar de forma mais rápida a cidade, pois o Município tem liberdade para ocupar o solo urbano da maneira que se mostrar socialmente mais adequada, sem estar dependente de ato de qualquer outro ente, público ou privado.

A gestão municipal, como percebido, é o grande agente para efetivação da desapropriação urbanística sancionatória, de modo a proporcionar o atingimento das funções sociais da cidade e, por conseguinte, a fruição concreta do direito à cidade. Para isto, é preciso, inicialmente, um trabalho de planejamento, o que ocorrerá por meio do plano diretor, em regra. Após o planejamento, deve cuidar o Município de fiscalizar seu cumprimento. Em caso de descumprimento, estará aberta a possibilidade de aplicar a desapropriação urbanística sancionatória, após a incidência dos instrumentos que necessariamente lhe são anteriores.

Conclui-se, ante o exposto, que, no que toca ao presente tema, o papel desempenhado pelo Direito é o de servir de instrumento de gestão, oferecendo mecanismo importante para a Administração municipal atingir seus fins de organização e desenvolvimento local. A desapropriação urbanística sancionatória revela-se, assim, com grande potencial para possibilitar a organização e o desenvolvimento dos Municípios, a fim de que se alcance uma melhor qualidade de vida nas cidades.

Referências

ARAGÃO, Alexandre Santos. O Princípio da Eficiência. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 4. 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 27.out.2008.

A REVISTA DA UNICORP

BERNARDI, Jorge Luiz. Funções sociais da cidade: conceitos e instrumentos. 2006. Dissertação. Mestrado em gestão urbana – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, 2006. Disponível em: <<http://www.qprocura.com.br/dp/21132/Funcoes-sociais-da-cidade:-conceitos-e-instrumentos.html>>. Acesso em: 02.set. 2008.

BRASIL, Governo federal. Estatuto da Cidade: guia para implementação pelos municípios e cidadãos. 3.ed. Brasília, 2001.

BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). IBGE divulga as estimativas populacionais dos municípios em 2006. Rio de Janeiro, 2006. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br>>. Acesso em: 25.set.2008.

CARNEIRO, Ruy de Jesus Marçal. Organização da Cidade. São Paulo: Max Limonad, 1998.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 17.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____. Manual de Direito Administrativo. 19.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CASTRO, José Nilo de. Direito Municipal Positivo. 4.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

COUTINHO, Ronaldo, BONIZZATO, Luigi. Direito da Cidade: novas concepções sobre as relações jurídicas no espaço social urbano. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio. Estatuto da Cidade: Comentários à Lei Federal nº. 10.257/2001. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

DALLARI, Adilson Abreu. Desapropriação para fins urbanísticos. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

DALLARI, Adilson Abreu; FIGUEIREDO, Lúcia V. Temas de Direito Urbanístico 1. São Paulo: RT, 1987.

_____. Temas de Direito Urbanístico 2. São Paulo: RT, 1991.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 16.ed. São Paulo: Atlas, 2003.

DUGUIT, Léon. Las Transformaciones del Derecho (Público y Privado). Buenos Aires: Editorial Heliasta S.R.L., 2001.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Direitos reais. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Aurélio Século XXI: o dicionário da língua portuguesa*, 3.ed., totalmente revisada e ampliada. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Disciplina urbanística da propriedade. São Paulo: RT, 1980.

FIORILLO, Celso A. Pacheco. Estatuto da Cidade comentado. 3.ed. São Paulo: RT, 2005.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. Perfil constitucional da função social da propriedade. Revista de Informação Legislativa, ano 36, n.141. p.9-21, 1999.

GARCIA, Maria. Desapropriação para urbanização e reurbanização: a questão da revenda. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

ENTRE ASPAS

GOMES, Orlando. Direito e desenvolvimento. Salvador: Publicações da Universidade da Bahia, 1961.

_____. Direitos reais. 19.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GRAU, Eros Roberto. A Ordem Econômica na Constituição de 1988. 7.ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

HARADA, Kioshi. Desapropriação: doutrina e prática. São Paulo: Atlas, 1997.

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Saraiva, 2006.

LIRA, Ricardo Pereira. Elementos de Direito Urbanístico. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo brasileiro. 18.ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

_____. Direito Municipal brasileiro. 12.ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MODESTO, Paulo. Notas para um debate sobre o Princípio Constitucional da Eficiência. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.10, maio/jun./jul. 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 28.out. 2008.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 17.ed. São Paulo: Atlas, 2005.

NEVES, Maria Carolina Scheidgger. Desapropriação para fins de reforma urbana e o Estatuto da Cidade (Lei nº. 10.257/2001). Disponível em: <<http://www.jus2.uol.com.br>>. Acesso em: 15.abr.2008.

NOGUEIRA, Antônio de Pádua Ferraz. Desapropriação e urbanismo. São Paulo: RT, 1981.

PAUSEN, Leandro; MELO, José Eduardo Soares. Impostos: federais, estaduais e municipais. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

PINHEIRO, Renata Peixoto. Desapropriação para fins urbanísticos em favor de particular. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

RABAHIE, Marina Mariani de Macedo. Função social da propriedade. In: DALLARI, Adilson Abreu; FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Temas de Direito Urbanístico 2. São Paulo, RT, 1991, p. 213-258.

REBOLLO, Luis Martín. Constitución Española. España, Elcano (Navarra): Thomson Aranzadi, 2003.

ROLNIK, Raquel. O que é cidade. 3.ed. São Paulo: Brasiliense, 2004.

SALEME, Edson Ricardo. Parâmetros sobre a função social da cidade. Disponível em: <<http://www.conpedi.org>>. Acesso em: 17.jul. 2008.

SANTIN, Janaína Rigo; GOMES, Daniela. A Função social da propriedade urbana e o Estatuto da Cidade. História: debates e tendências. Passo Fundo, v.6, n.1, 2006, p.177-192.

SAULE JÚNIOR, Nelson. Novas perspectivas do Direito Urbanístico brasileiro: ordenamento constitucional da política urbana: aplicação e eficácia do plano diretor. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1997.

SENE, Eustáquio de; MOREIRA, João Carlos. Geografia Geral e do Brasil: espaço geográfico e globalização. São Paulo: Scipione, 2001.

SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das Normas Constitucionais. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. Curso de Direito Constitucional Positivo. 23.ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. Direito Urbanístico brasileiro. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SUNDFELD, Carlos Ari. Desapropriação. São Paulo: RT, 1990.

TORRES, Ricardo Lobo. Curso de Direito Financeiro e Tributário. 12. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

Notas

¹ Conforme poderá ser percebido neste trabalho, no Brasil é irrelevante, atualmente, diferenciar, pelos critérios definidos em lei, o conceito de Município e de Cidade, razão pela qual as duas expressões serão utilizadas como sinônimos.

² DALLARI, Adilson Abreu. Desapropriação para fins urbanísticos. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 51.

³ DALLARI, Adilson Abreu. Desapropriação..., ob. cit., p. 53.

⁴ NOGUEIRA, Antônio de P. Ferraz. Desapropriação e Urbanismo. São Paulo: RT, 1981, p.14.

⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti apud DALLARI, Adilson de Abreu. Desapropriação..., op. cit., p.16.

⁶ PINHEIRO, Renata Peixoto. Desapropriação para fins urbanísticos em favor de particular. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 69-70.

⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual..., op. cit., p. 767.

⁸ Carlos Ari Sunfeld afirma que o Distrito Federal também é competente para decretar a desapropriação urbanística sancionatória. (Desapropriação. op. cit., p. 34). Idêntica posição pode facilmente ser inferida da análise do art.51 do Estatuto da Cidade: “Art. 51. Para os efeitos desta Lei, aplicam-se ao Distrito Federal e ao Governador do Distrito Federal as disposições relativas, respectivamente, a Município e a Prefeito.”

⁹ Além de expressamente previsto no art.182, §4º, III da CF/88, pode-se afirmar que tal competência encontra fundamento no art.30,VIII,da Carta Magna.

¹⁰ “Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:

[...] VI - fixar, por proposta do Presidente da República, limites globais para o montante da dívida consolidada da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

[...] IX - estabelecer limites globais e condições para o montante da dívida mobiliária dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios [...].”

¹¹ Clóvis Beznos considera inconstitucional o art.8º, §2º, I, do Estatuto da Cidade, por entender que neste caso a indenização não será “real”; condena o desconto do valor incorporado em razão de obras realizadas pelo Poder Público na área onde o imóvel se localize por considerar contribuição de melhoria imposta por via oblíqua, e assevera que a ausência de cômputo de expectativa de ganhos, lucros cessantes e juros compensatórios na indenização afrontaria a seu justo/real valor. (Desapropriação em nome da política urbana. In: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio (Coord.) Estatuto da Cidade:comentários à Lei Federal nº. 10.257/2001. São Paulo: Malheiros, 2006 p.133-134).

¹² SUNDFELD, Carlos Ari. Desapropriação, op. cit, p. 40.

¹³ BEZNOS, Clóvis. Desapropriação..., op. cit., p.132-133.

¹⁴ BEZNOS, Clóvis. Desapropriação...op. cit., p.135.

¹⁵ ESTATUTO da Cidade – Guia para implementação pelos municípios e cidadãos, op. cit, p.107.

¹⁶ Vide item 3.1.

¹⁷ PINHEIRO, Renata Peixoto. Desapropriação para fins urbanísticos em favor de particular. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 61.

¹⁸ Por força do que dispõem os artigos 30, incisos I e VIII, e 182, ambos da Constituição Federal de 1988.

¹⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 19.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008, p. 741.

²⁰ Não se olvide que, na ausência de plano diretor, deve haver lei municipal específica fazendo o seu papel, conforme aqui já exaustivamente defendido.

²¹ Utiliza-se aqui a nomenclatura de desapropriação “amigável” em virtude de ser esta a expressão utilizada pela Lei nº. 6.015/73, que, em seu art. 167, inciso I, nº.34, aponta que tal maneira de aperfeiçoar a desapropriação, enquanto negócio jurídico autônomo, é suscetível de inscrição no Registro de Imóveis: “Art. 167 - No Registro de Imóveis, além da matrícula, serão feitos. I - o registro: 34) da desapropriação amigável e das sentenças que, em processo de desapropriação, fixarem o valor da indenização;”.

²² “Art. 20. A contestação só poderá versar sobre vício do processo judicial ou impugnação do preço; qualquer outra questão deverá ser decidida por ação direta.”

²³ TOURINHO, Rita. O Desvio de finalidade na ação expropriatória: Interpretação sistemática do Decreto-Lei nº 3.365/41. RDA, n. 238, p. 363-374, 2004.

²⁴ Pelo exposto, percebe-se que, neste aspecto, deve ser feita adaptação do quanto disposto no Decreto-Lei nº. 3.365/41, no sentido, também, de acrescentar mais documentos indispensáveis à propositura da ação de desapropriação urbanística sancionatória: “Art. 13. A petição inicial, além dos requisitos previstos no Código de Processo Civil, conterá a oferta do preço e será instruída com um exemplar do contrato, ou do jornal oficial que houver publicado o decreto de desapropriação, ou cópia autenticada dos mesmos, e a planta ou descrição dos bens e suas confrontações”.

²⁵ MORAES SALLES, José Carlos de. Apud CARVALHO FILHO, José dos SANTOS, Manual..., op. cit., p. 720.

²⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual..., op. cit., p. 724.

²⁷ Na esmagadora maioria das vezes, percebe-se, será o Ministério Público Estadual, haja vista que provavelmente a desapropriação urbanística sancionatória acarretará a transferência compulsória de imóvel pertencente a um particular.

²⁸ Saliente-se, contudo, que o valor real prometido na indenização é descaracterizado pelo Estatuto da Cidade. Indenização “real” significaria correspondência com o “valor de mercado” do imóvel, o que não ocorre, como visto. Entretanto, relembre-se, mais uma vez, que a desapropriação urbanística em tela tem caráter sancionatório, punitivo, não tendo, pois, a obrigação de indenizar o proprietário inerte de forma justa, assegurando-o, de fato, o valor real do bem na indenização.

²⁹ SAULE JÚNIOR, Nelson. Novas perspectivas do direito urbanístico brasileiro: ordenamento constitucional da política urbana: aplicação e eficácia do plano diretor. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1997, p.169.

³⁰ A correção monetária é devida até a efetiva entrega dos títulos da dívida pública, podendo ser processada nova atualização do cálculo, ainda que por mais de uma vez. Este entendimento decorre de adaptação firmada nas Súmulas 561 do STF e 67 do STJ.

³¹ Este era o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, uniformizado através de sua Súmula 70, antes do advento da Medida Provisória nº. 2.183-56, de 24.08.2001 que introduziu o art.15-B no DL nº. 3.365/41. Como se pode perceber, defende-se aqui sua incidência para a desapropriação urbanística sancionatória.

³² “Súmula 131: Nas ações de desapropriação incluem-se no cálculo da verba advocatícia as parcelas relativas aos juros compensatórios e moratórios, devidamente corrigidos.”

³³ Art.27. omissis. §1º. A sentença que fixar o valor da indenização quando este for superior ao preço oferecido condenará o desapropriante a pagar honorários do advogado, que serão fixados entre meio e cinco por cento do valor

da diferença, observado o disposto no § 4º do art. 20 do Código de Processo Civil, não podendo os honorários ultrapassar R\$ 151.000,00 (cento e cinquenta e um mil reais). “ – grifo não original. Ressalte-se que tal limite máximo quanto ao valor de honorários está com sua eficácia suspensa, em virtude de medida liminar deferida pelo STF, em julgado da ADIN nº.2.332-2 (DJU 02.04.2004).

³⁴ Relembre-se aqui que, caso haja decreto expropriatório e se deseje desistir da desapropriação, outra forma de materializar esta desistência é através da revogação total ou parcial deste decreto pelo Poder Público. Contudo, como já foi apontado, quando trata-se de desapropriação urbanística sancionatória, não há a necessidade da fase declaratória e, conseqüentemente, do decreto expropriatório, razão pela qual a única hipótese de desistir deste procedimento seria quando já em curso a ação de desapropriação.

³⁵ “Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: [...] VI - fixar, por proposta do Presidente da República, limites globais para o montante da dívida consolidada da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; [...] IX - estabelecer limites globais e condições para o montante da dívida mobiliária dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; [...]”

³⁶ CARNEIRO, Ruy de Jesus Marçal. Organização da cidade. São Paulo: Max Limonad, 1998, p.110.

³⁷ HARADA, Kiyoshi. Desapropriação: doutrina e prática. São Paulo: Atlas, 1997, p. 50.

³⁸ CARNEIRO, Ruy de Jesus Marçal. Organização..., op. cit., p.110.

³⁹ CARNEIRO, Ruy de Jesus Marçal. Organização...op. cit., p.110.

⁴⁰ MODESTO, Paulo. Notas para um Debate sobre o Princípio Constitucional da Eficiência. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.10, maio/jun./jul., 2007. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>>. Acesso em: 28.out.2008.

⁴¹ ARAGÃO, Alexandre Santos. O Princípio da Eficiência: Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador. Instituto de Direito Público da Bahia, n. 4, 2005. p.4. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 27.out.2008.

⁴² ARAGÃO, Alexandre Santos. O princípio..., op. cit., p. 1.

⁴³ Id., *ibid.*, p. 4-5.



ARTIGOS SOBRE DIREITO PENAL

O ALCANCE DO PRINCÍPIO DA RETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS BENÉFICA, EM FACE DO ART. 33, § 4º DA NOVA LEI DE TÓXICOS

Aiala Dias Nunes

Graduada em Direito pela UCSal, Pós-Graduada em Direito Penal e
Direito Processual Penal pela UNIFACS, Analista Judiciária TJ/BA.

Resumo: Trabalho que tem como tema o alcance do Princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica, em face do art. 33, § 4º, da nova Lei de Tóxicos. No desenvolvimento da pesquisa, foram apresentados os princípios que nortearam a investigação científica e fundamentaram as suas conclusões, tendo como objetivo principal, a apresentação do novo panorama do objeto-problema no ordenamento jurídico pátrio, com o advento da Lei nº. 11.343/2006, abordando seus reflexos penais, através de uma linha argumentativa de cunho nitidamente constitucional. Quanto ao método de pesquisa, optou-se por uma abordagem dialética, de natureza crítica, demonstrando-se os vícios de interpretação e aplicação que rodeiam o objeto da pesquisa e propondo uma reflexão a respeito da sua correta teorização, utilizando-se como instrumento investigativo, a pesquisa bibliográfica e jurisprudencial.

Palavras-Chave: Direito Penal. Processo Penal. Tráfico de drogas. Princípios constitucionais. Retroatividade. Combinação de leis. Pena (Direito).

Sumário: 1. Introdução. – 2. O Garantismo de Luigi Ferrajoli. – 3. Conceito de princípio. 3.1. Princípio da individualização da pena. 3.2. Princípio da legalidade. 3.3. Princípio da irretroatividade da “lex gravior” em matéria penal. 3.4. Princípio do “favor rei”. – 4. Conteúdo e natureza do art. 33, § 4º, da Lei nº. 11.343/2006. – 5. Aspectos penais do dispositivo, à luz do princípio da retroatividade da lei penal mais benigna. – 6. Conclusões. – Referências.

1. Introdução

A nova disciplina legal antitóxicos, introduzida pela Lei nº. 11.343, de 23 de agosto de 2006, ao estabelecer normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas, aumentou a pena mínima cominada ao crime de tráfico, introduzindo, porém, causa especial de diminuição de pena, ao agente primário, de bons antecedentes, que não se dedique à atividade criminosa nem integre organização criminosa.

Esse novo panorama legislativo, que envolve o conflito de leis no tempo, trouxe grande discussão entre os juristas, exatamente no que se refere à retroatividade desta causa de diminuição de pena, aos crimes de tráfico, praticados antes da Lei nº. 11.343/06, até então disciplinados pela Lei nº. 6.368/76, que cominava pena mínima mais favorável (três anos de

reclusão), sem prever, no entanto, regra similar de diminuição de pena.

Com o advento da nova lei de drogas, questionou-se a licitude da incidência isolada da causa de diminuição de pena nela prevista, aos crimes cometidos sob a égide da lei anterior, que previa, como se disse, pena mínima mais benéfica e, portanto, aplicável aos crimes de tráfico praticados antes de 23 de agosto de 2006.

Algumas vozes se levantaram (e ainda se levantam) contra a aplicação cumulativa desses dois diplomas legais. De um lado, a incidência da pena mínima de três anos, prevista na Lei nº. 6.368/76, do outro, a consideração da causa de diminuição de pena, prevista na Lei nº. 11.343/06, sob o argumento de que, em assim agindo o magistrado, terminaria por criar lei nova, atribuição afeta ao Poder Legislativo e não à atividade judicante.

O presente artigo propõe uma reflexão sobre o alcance do princípio da retroatividade da lei penal com a nova lei antitóxicos, destacando as discussões doutrinárias e posições jurisprudenciais sobre o tema, que ainda refletem vícios de interpretação e aplicação.

2. O Garantismo de Luigi Ferrajoli

O Estado de Direito, que emergiu no final do século XVIII, condicionou a atuação do Poder Político às imposições do direito objetivo, materializado pela lei e, sobretudo, pela Constituição, que tem como uma de suas funções, o estabelecimento de direitos fundamentais.

A Constituição do Estado, considerada sua lei fundamental, seria, então, a organização dos seus elementos essenciais, é dizer:

Um sistema de normas jurídicas, escritas ou costumeiras, que regula a forma do estado, a forma de seu governo, o modo de aquisição e o exercício do poder, o estabelecimento de seus órgãos, os limites de sua ação, os direitos fundamentais do homem e as respectivas garantias. Em síntese, a constituição é o conjunto de normas que organiza os elementos constitutivos do Estado. (SILVA, 2005, p. 38).

Não haveria sentido, no entanto, a existência de direitos fundamentais, sem que houvesse a previsão de meios aptos a assegurá-los. Esses meios são as garantias. Distinguindo direitos de garantias, claras são as palavras do saudoso Ruy Barbosa (1978 *apud* SILVA, *op. cit.*, p. 186):

Há que se separar no texto da lei fundamental, as disposições *meramente declaratórias*, que são as que imprimem existência legal aos direitos reconhecidos, e as disposições *assecuratórias*, que são as que, em defesa dos direitos, limitam o poder. Aquelas instituem os *direitos*; estas, as *garantias*: ocorrendo não raro juntar-se, na mesma disposição constitucional, ou legal, a fixação da garantia, com a declaração do direito.

A idéia de garantismo, na seara penal, deu origem a uma Teoria do Garantismo Penal, desenvolvida pelo jurista italiano Luigi Ferrajoli na década de 60 do século passado, em defesa da submissão das normas infraconstitucionais à força normativa da Constituição Italiana.

Ferrajoli compreende o Direito Penal como um sistema de garantias do cidadão frente aos ditames do Estado, além de defender um direito penal mínimo, entendendo como tal, aquele que se restringe às hipóteses de absoluta necessidade e em conformidade com os princípios da estrita legalidade, lesividade e proporcionalidade, dentre outros (QUEIROZ, 2001a, p. 59).

O Direito Penal moderno reflete uma heterogeneidade valorativa consolidada nas Constituições e que nela se harmoniza, formando um todo unitário.

Os princípios garantistas se configuram, antes de tudo, como um esquema epistemológico de identificação do desvio penal, orientado a assegurar, a respeito de outros modelos de direito penal historicamente concebidos e realizados, o máximo grau de racionalidade e confiabilidade do juízo e, portanto, de limitação do poder punitivo e de tutela da pessoa contra a arbitrariedade (FERRAJOLI, 2002, p.30).

Dentro da idéia de garantismo, pode-se distinguir os princípios da mera legalidade e da legalidade estrita, com base na estrutura das inúmeras normas que integram o ordenamento jurídico dos Estados de Direito modernos, o que implica em uma distinção entre vigência e validade da norma. A vigência, associada à idéia de mera legalidade, a validade, à idéia de legalidade estrita.

A primeira implica na aceitação de que é suficiente que uma norma atenda apenas às formas e procedimentos voltados para sua criação; a segunda, na exigência de que não apenas as formas e procedimentos devem ser observados na elaboração da norma, mas também o seu conteúdo, que deve estar em consonância com as proibições e imposições assegurados na Constituição. Os dois princípios podem ser sistematizados na máxima *nulla poena, nullum crimen sine lege valida*.

Esta é a garantia estrutural que diferencia o direito penal no Estado “de direito” do direito penal dos estados simplesmente “legais”, nos quais o legislador é onipotente e, portanto, são válidas todas as leis vigentes, sem nenhum limite substancial à primazia da lei. E é essa diferença que hoje marca o critério de distinção entre garantismo e autoritarismo penal, entre formalismo e substancialismo jurídico, entre direito penal mínimo e direito penal máximo (FERRAJOLI, 2002, p. 306).

Como corolários do princípio da legalidade, tem-se os princípios da irretroatividade das leis penais *in pejus* (*nulla poena, nullum crimen sine praevia lege poenali*) e da proibição da analogia *in malam partem*. Tais princípios, de nítido caráter garantista, sujeitam o poder público à sua obediência de tal forma, que a sua violação, impede a própria configuração legal dos elementos essenciais do delito.

A idéia de “validade” do direito positivo representa, sem dúvida, uma das maiores conquistas do pensamento jurídico moderno. Nos Estados constitucionais de Direito, a validade de suas normas encontra-se estritamente vinculada à sua conformidade formal e material com as normas da Constituição. Diz-se “vigente” uma norma, quando possui regularidade formal, quando passa a existir juridicamente; “válida”, quando é substancialmente legitimada por normas a ela superiores; e “eficaz”, quando efetivamente aplicada.

Validade e vigência coincidem nos Estados absolutistas que têm como única norma acerca da produção normativa o princípio de mera legalidade *quod principi placuit legis habet vigorem*; pelo contrário não coincidem nos modernos Estados de direito, que estão dotados de normas acerca da produção normativa que vinculam a validade das leis ao respeito das condições também substanciais ou de conteúdo, destacando-se dentre elas os direitos fundamentais. Diria inclusive que o Estado de direito caracteriza-se precisamente por esta possível divergência, que é consequência da complexidade estrutural das suas normas acerca da produção normativa. Nele, por conseguinte, uma norma existe, está vigente ou pertence ao direito positivo não só se é válida e ineficaz, quer dizer, não aplicada, senão também se é inválida e eficaz pelo menos até que se declare sua invalidade (FERRAJOLI, *op. cit.*, p. 291).

Desse modo, não há se falar em validade da norma, sem que esteja amparada e legitimada por princípios a ela superiores. É a Constituição, com seus valores positivados e não positivados (mas que dela decorrem) que deve inspirar e fundamentar toda a ordem infraconstitucional, limitando a atividade legislativa e o poder de punir do Estado.

Se todo direito nasce e morre na Constituição, segue-se que os princípios e valores constitucionais fundamentais devem ser, em consequência, o ponto de partida e o ponto de chegada de toda e qualquer interpretação, independentemente da natureza (civil, penal) das normas em questão, mesmo porque, em razão da unidade lógica do direito, não se pode falar de uma *hermenêutica civil, penal ou processual*, mas de hermenêutica jurídica simplesmente. [...] Conseqüentemente, como guardião da legalidade constitucional, a missão primeira do juiz, em particular do juiz criminal, antes de julgar os fatos, é julgar a própria lei a ser aplicada, é julgar, enfim, a sua compatibilidade – formal e substancial – com a Constituição, para, se a entender lesiva à Constituição, interpretá-la conforme a Constituição ou, não sendo isso possível, deixar de aplicá-la, simplesmente, declarando-lhe inconstitucional (QUEIROZ, 2001a, p. 38-39).

O Estado constitucional de Direito erigiu o homem à condição de cidadão, tornando-o titular de direitos condicionadores da atuação do poder estatal, uma vez que “o status constitucional desses direitos é de norma material de natureza magna, ao lado da organização do Estado soberano” (MOURA, 2005, p. 142). Em outras palavras, tais direitos são tão soberanos quanto o próprio Estado, não podendo este, sobrepô-los, sob pena de grave vício da inconstitucionalidade.

3. Conceito de Princípio

Modernamente, pode-se com toda a certeza afirmar, que o Direito Penal não mais constitui um fim em si mesmo, possuindo claro caráter instrumental e subsidiário. E o que condiciona o exercício do direito de punir do Estado, resguardando o cidadão de práticas arbitrárias, são as garantias ou princípios.

A maior parte dessas garantias estão explicitadas na Constituição, como é o caso dos princípios da legalidade e da irretroatividade. Outras, embora não estejam previstas expressamente no texto, decorrem do próprio sistema jurídico e de valores consagrados pela Constituição.

Em qualquer ramo científico, a idéia de princípio indica o alicerce de um sistema de normas, que dele se originam ou a ele se vinculam. No campo do Direito, o entendimento contemporâneo, é no sentido de conferir aos princípios jurídicos o *status* de norma jurídica, atribuindo-os positividade e vinculatividade.

Os princípios jurídicos, enquanto princípios constitucionais, desbancaram a antiga concepção positivista, onde funcionavam como elementos subsidiários. Do ponto de vista epistemológico, fala-se modernamente em “pós-positivismo”, que confere aos princípios a função de fundamentação axiológica e normativa do ordenamento jurídico, vinculando todo o Direito. Nessa fase atual, também se tornou superada a clássica distinção entre princípio e norma, sendo esta, agora, gênero, do qual os princípios e as regras são espécies.

[...] Os princípios, em nova concepção hermenêutica, estão sendo na atualidade considerados como espécies de normas, que *veiculam valores*, impregnados de força normativa, cuja eficácia se volta, à feição das regras, à solução das questões concretas. [...] E assim o são porque, como normas, os princípios dizem, deontologicamente, o que deve ser. [...] Tal concepção não nasceu pronta e acabada, pois, da fase jusnaturalista, em que esse traço era “basicamente nulo e duvidoso”, sob o argumento de que os princípios seriam meras pautas programáticas ou supral legais, se passou, ato contínuo, à fase juspositivista, quando então eles adentraram nos Códigos como fontes normativas subsidiárias. [...] Dessa fase foi que se evoluiu à atual e última, denominada pós-positivista, correspondente aos grandes momentos constituintes das últimas décadas deste século, com as constituições promulgadas acentuando a hegemonia axiológica dos princípios, convertidos em pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais (BOSCHI, 2006, p. 35-36).

Os princípios desempenham uma função estrutural fundamental dentro do sistema jurídico, ocupando posição hierárquica superior a todas as regras que a eles se vinculam. Diferentemente do que ocorre com as regras (onde há impossibilidade de aplicação simultânea, quando antagônicas), no caso de conflito entre princípios, estes podem ser relativizados e conciliados, a depender do caso concreto, não levando à supressão de um ou outro do sistema jurídico. Neste, os princípios, sobretudo os princípios constitucionais, constituem a pedra angular das normas que o integram, informando e conformando o Direito.

Desse modo, são os princípios que, enquanto normas, fundamentam as demais regras que integram o sistema normativo. Porém, é no Direito Constitucional, que a noção de fundamento da ordem jurídica se otimiza diante da teoria principialista do Direito (ESPÍNDOLA, 2002, p. 79), uma vez que os princípios constitucionais ocupam o ponto mais alto da escala normativa, são as normas supremas, a *norma normarum*, isto é, a norma das normas (BONAVIDES, 2004, p. 290), devendo todo o sistema normativo infraconstitucional com ela se conformar.

Os princípios constitucionais são os conteúdos primários diretores do sistema jurídico-normativo fundamental de um Estado. Dotados de originalidade e superioridade material sobre todos os conteúdos que formam o ordenamento constitucional, os valores firmados pela sociedade são transformados pelo Direito em princípios. Adotados pelo constituinte, sedimentaram-se nas normas, tornando-se, então, pilares que informam e conformam o Direito que rege as relações jurídicas n Estado. São eles, assim, as colunas mestras da grande construção do Direito, cujos fundamentos se afirmam no sistema constitucional. [...] As decisões políticas e jurídicas contidas no ordenamento constitucional obedecem as diretrizes compreendidas na principiologia informadora do sistema de Direito estabelecido pela sociedade organizada em Estado. [...] E são eles as opções identificadoras das raízes do sistema constitucional. Neles estão o espírito e os fins do sistema. Indicam eles – ou antes demonstram – a tendência ideológica do sistema jurídico, determinando primária e originariamente a concretização do que eles expressam no conjunto de normas jurídicas. [...] O princípio sediado na norma constitucional é que objetiva o conteúdo do Direito a ser observado na sociedade estatal. [...] Assim, o princípio constitucional predica-se diferentemente de qualquer outro princípio ou valor prevalente na sociedade, mas não juridicizado, por carecer da normatividade que o torna impositivo ao acatamento integral. [...] A norma que dita um princípio constitucional [...] põe-se à observância do próprio Poder Público do Estado e de todos os que à sua ordem se submetem e da qual participam (ROCHA, 1994 *apud* ESPÍNDOLA, 2002, p. 81-82).

O raciocínio parece óbvio: as leis são organizadas dentro de uma escala hierárquica, de modo que todas as normas infraconstitucionais devem se coadunar com a Constituição Federal, lei fundamental, que por sua vez, confere validade a todas as normas de hierarquia inferior que com ela se harmonizem. Porém, por vezes, essa obviedade parece ser “esquecida” pelo aplicador do Direito, que não raramente, realiza uma interpretação literal da norma, à margem da Constituição e de seus princípios fundamentais.

As respostas para determinados problemas que surgem no curso de um processo criminal estão muitas vezes nos princípios que o informam, porém, o intérprete ou aplicador da norma não os visualiza, dando interpretações ou aplicando normas em contraposição aos elementos primários de constituição do processo (RANGEL, 2003, p.1).

Essa realidade, que conduz a um não-Direito, pode e deve ser combatida no plano teórico-sistemático, por ser ilegítima ou, em outras palavras, inconstitucional.

A interpretação do direito é interpretação *do direito*, no seu todo, não de textos isolados, desprendidos *do direito*. Não se interpreta o direito em tiras, aos pedaços. A interpretação de qualquer texto de direito impõe ao intérprete, sempre, em qualquer circunstância, o caminhar pelo percurso

que se projeta a partir dele – do texto – até a Constituição. Um texto de direito isolado, destacado, desprendido do sistema jurídico, não expressa significado normativo algum (GRAU, 2005, p. 40).

Sendo a legislação ordinária e a Constituição Federal partes integrantes de um mesmo sistema e não havendo conformidade da lei com o texto constitucional, imperiosa se torna a intervenção dos operadores do Direito, coadunando ambos os diplomas em uma mesma realidade, vez que, como já dito, uma norma vigente pode até ser eficaz, mas não se torna legítima, se estiver em desacordo com normas de grau superior que lhe confirmem validade.

3.1. Princípio da Individualização da Pena

Trata-se de princípio expresso textualmente na Constituição: “a lei regulará a individualização da pena” (art. 5º, XLVI, 1ª parte).

A individualização é compreendida em três momentos distintos: na fase de elaboração da norma (individualização em abstrato), onde o legislador estabelece quais as sanções cabíveis para cada tipo penal; quando da aplicação da pena pelo juiz através da prolação de sentença condenatória; e, por fim, na fase executória, durante o cumprimento de pena, que envolve aspectos tanto judiciais, quanto administrativos.

Na fase de criação da norma, o legislador seleciona aquelas condutas (positivas ou negativas), que entende ser merecedoras de uma reprimenda penal, valorando-as e cominando-lhes penas que variam de acordo com a relevância do bem jurídico tutelado. A esta fase seletiva, que se dá no plano abstrato, através de um critério político, denomina-se cominação.

Praticando o agente uma conduta prevista em abstrato na norma penal incriminadora e sendo comprovado, através de um processo criminal, sob o crivo do contraditório, que ela é típica, ilícita e culpável, inicia-se a segunda fase da individualização da pena, atribuída ao juiz, que é a de sua aplicação, conforme o critério trifásico previsto no Código Penal. É quando a individualização sai do plano abstrato para o plano concreto. *In verbis*:

Art. 68. A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do artigo 59 deste Código; em seguida, serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento.

Contextualizando o princípio ao objeto-problema, pode-se dizer que a aplicação de qualquer causa de diminuição de pena, por ser matéria de ordem pública, pode ser reconhecida, de ofício, em qualquer grau de jurisdição. Preenchidos os requisitos legais, deve o Juiz reconhecer a minorante, uma vez tratar-se de direito subjetivo do apenado.

Finalmente, a terceira e última fase da individualização da pena, como consequência direta das duas fases anteriores, ocorre com a sua execução.

3.2. Princípio da Legalidade

O art. 5º, II, da Constituição Federal, estabelece que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, consagrando, portanto, em sede constitucional,

o princípio da legalidade, que representa uma das maiores conquistas do Estado moderno.

Tal princípio determina que somente através de espécies normativas elaboradas conforme as regras do processo legislativo constitucional, é que se pode criar obrigações ou restringir direitos, assegurando ao particular a reação judicial contra qualquer ato em sentido contrário, o que o relaciona muito mais a uma garantia, do que propriamente a um direito individual.

A atribuição exclusiva do legislador de definir crimes e cominar penas constitui, desde a Revolução Francesa, a pedra angular do direito penal moderno, sendo a idéia de submeter a vontade do Estado ao império da lei inerente ao conceito mesmo de Estado de Direito. Que a atuação do Estado seja orientada por regras jurídicas que expressem a vontade popular é condição de legitimação democrática por meio do poder competente, o Poder Legislativo. E particularmente no âmbito jurídico-penal, em que se materializam as mais sensíveis restrições à liberdade, com maior força de razões se impõe o respeito ao princípio da estrita legalidade. Semelhante princípio atende, pois, a uma necessidade de segurança jurídica e de controle do exercício do *jus puniendi*, de modo a coibir possíveis abusos à liberdade individual por parte do titular desse poder (o Estado). Consiste, portanto, constitucionalmente, uma poderosa garantia política para o cidadão, expressiva do *imperium* da lei, da supremacia do Poder Legislativo – e da soberania popular – sobre os outros poderes do Estado, de legalidade da atuação administrativa e da escrupulosa salvaguarda dos direitos e liberdades individuais (QUEIROZ, 2005, p. 25-26).

No inc. XXXIX, do mesmo artigo art. 5º, a CF proclama que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. O mesmo enunciado foi repetido pelo art. 1º, do CP, cuja formulação se deve a Anselm Von Feuerbach, fundador da escola moderna alemã, no século XIX. Trata-se do princípio da legalidade penal ou da reserva legal, que possui contornos mais estritos que o primeiro, uma vez que, neste caso, apenas a lei em sentido estrito, emanada do órgão legislativo competente, pode criar crimes e cominar penas.

O caráter *absoluto* de reserva legal impede a delegação por parte do poder legiferante de matéria de sua exclusiva competência, lastreado no princípio da divisão de poderes. Assim, só ele pode legislar sobre determinado assunto, tal como definir a infração penal e cominar-lhe a respectiva consequência jurídica. O fundamento de garantia da reserva da lei, como princípio de legitimação democrática, deve informar e presidir a atividade de produção normativa penal, por força da particular relevância dos bens em jogo. Tem ela, por assim dizer, um papel negativo no sentido de que o objeto imediato e essencial do princípio é o de impedir o acesso do Poder Executivo à normação penal. Destarte, a importância e o fundamento da lei na área penal emergem de modo claro quando se acentua o significado de máxima garantia que representa para o indivíduo: tutela necessária em face da incidência da sanção penal sobre o bem jurídico essencial da liberdade pessoal. O motivo que justifica

a escolha do Legislativo como o único detentor do poder normativo em sede penal reside em sua legitimação democrática (representatividade popular – art. 1º, parágrafo único, CF), fazendo com que seu exercício não seja arbitrário (PRADO, 2006, v. 1, p. 132).

No Estado Democrático de Direito, o princípio da legalidade assume papel fundamental, constituindo-se no maior e mais relevante instrumento de proteção individual e possuindo quatro funções da maior relevância para o Direito Penal: 1) proibir a retroatividade da lei penal incriminadora (*nullum crimen nulla poena sine lege praevia*); 2) proibir a criação de crimes e de penas através dos costumes (*nullum crimen nulla poena sine lege scripta*); 3) proibir a utilização da analogia para criar crimes, dar fundamento ou agravar penas (*nullum crimen nulla poena sine lege stricta*) e por fim; 4) proibir incriminações vagas e indeterminadas (*nullum crimen nulla poena sine lege certa*).

3.3. Princípio da Irretroatividade da “Lex Gravior” em Matéria Penal

O princípio da irretroatividade da *lex gravior* em matéria penal representa um das principais razões políticas do princípio da legalidade e pode ser sistematizado pela fórmula *lex praevia*. Corolário do princípio da legalidade, o princípio da irretroatividade da *lex gravior* ou da retroatividade da lei penal mais benigna, também possui sede constitucional: “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”. (art. 5º, XL, CF).

A mesma regra foi reproduzida no Código Penal: “a lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado”. (art. 2º, parágrafo único, CP).

Tal princípio quer dizer que a regra geral é a da irretroatividade da lei penal, não podendo uma lei nova ser aplicada a fatos anteriores à sua vigência. A retroatividade é a exceção, e só vai ocorrer quando a lei, ao ingressar na ordem jurídica, se mostrar, de qualquer modo, mais benéfica ao infrator, ou por ter descriminalizado uma conduta, ou por prever uma sanção de forma mais branda. Na primeira hipótese, há *abolitio criminis* (art. 2º, *caput*); na segunda, *lex mitior*.

A irretroatividade visa assegurar, sobretudo, a segurança jurídica, elemento imprescindível em um Estado de Direito. “No entanto, mais importante do que esse fundamento geral é a razão estritamente penal, qual seja, a de que a promulgação de *leis ad hoc* pode facilmente estar contaminada pela comoção que a prática de um delito produz” (BITENCOURT, 2003, v. 1, p. 106).

Como evidente, a irretroatividade da lei penal consubstancia a garantia e a estabilidade do ordenamento jurídico, sem o qual não haveria condição preliminar de ordem e firmeza nas relações sociais e de segurança dos direitos individuais. A vedação da retroatividade *in pejus* tem duas origens independentes: pela primeira, de cunho publicista, o decisivo para a entrada em vigor da lei é o reconhecimento de uma esfera individual de prescindência estatal: ninguém pode ser sancionado penalmente em relação a um fato que na época de sua realização era irrelevante para o Direito Penal; a segunda, de ordem político- criminal, aparece justificada

ENTRE ASPAS

por falta de sentido de uma pena retroativamente aplicada: aqui não há compensação de culpabilidade, porque não se vincula a culpabilidade alguma e tampouco pode operar m sentido preventivo, visto que ao tempo da comissão inexistia a coação inibitória da cominação penal (PRADO, 2006, v. 1, p. 190).

Não se pode aferir no plano abstrato, através de regras prontas, o que pode ser caracterizado por lei mais benigna, devendo o magistrado avaliar, em cada caso concreto, a lei que mais favoreça o acusado ou condenado (no caso de já estar cumprindo pena). Não conseguindo o juiz identificar, no caso concreto, qual a lei mais benéfica, pode ele ouvir o réu. Esse era o entendimento de Hungria, que dizia ser essa a posição “mais racional, pois ninguém melhor que o réu para conhecer as disposições que lhe são mais benéficas” (HUNGRIA, 1958 *apud* GRECO, 2005, p. 130).

Lei penal mais benigna não é só a que descriminaliza ou a que estabelece uma pena menor. Pode tratar-se da criação de uma nova causa de justificação, de uma nova causa de exclusão da culpabilidade, de uma causa impeditiva da operatividade da pena, etc. Por outro lado, a maior benignidade pode provir também de outras circunstâncias, tais como um lapso prescricional mais curto, uma classe distinta de pena, uma nova modalidade executiva da pena, o cumprimento parcial da mesma, as previsões sobre as condições de concessão do *sursis*, a liberdade condicional, etc. Ante a complexidade dos elementos que podem ser tomados em consideração para determinar qual é a lei penal mais benigna, não é possível fazê-lo em abstrato, e sim frente ao caso concreto. Dessa maneira, resolve-se o caso, hipoteticamente, conforme uma e outra lei, comparando-se, em seguida, as soluções, para determinar qual é a menos gravosa para o autor (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2004, p. 219).

Quatro são as hipóteses de conflito de leis penais no tempo: a *abolitio criminis*, a *novatio legis* incriminadora, a *novatio legis in pejus* e a *novatio legis in mellius*.

Trata-se a *abolitio criminis* de uma lei posterior mais benigna, que deixa de considerar crime, condutas até então tipificadas como tal, atingindo, até mesmo, fatos já julgados de forma definitiva, ainda que em fase de execução, tendo como consequência o desaparecimento de todos os efeitos penais, permanecendo, porém, os efeitos civis. A *novatio legis incriminadora*, ao contrário, introduz no ordenamento jurídico, como crime, fato que até então, era considerado um indiferente penal. Por esse motivo, não retroage, sendo aplicada apenas aos fatos praticados após a sua entrada em vigor.

A *novatio legis in pejus*, por ser uma lei nova mais gravosa (*lex gravior*), nos termos do art. 5º, XL, CF, como já se viu, não retroage. Nessa hipótese, a lei anterior e já revogada (mais benigna), irá ultra-agir, sendo aplicada ao caso concreto, e a *lex gravior*, que acaba de entrar em vigor, será irretroativa. Por fim, a *novatio legis in mellius*, por conferir um tratamento mais brando à situação do infrator (*lex mitior*), tem aplicação imediata, alcançando todos os fatos anteriores a ela, mesmo que com decisão já transitada em julgado.

Vale ressaltar que o marco temporal para se aferir qual lei é mais benigna, é o momento da prática do crime, uma vez ter o CP adotado a teoria da atividade: “considera-se praticado o

crime no momento da ação ou omissão, ainda que outro seja o momento do resultado” (art. 4º).

Durante a sucessão de leis no tempo, a regra da ultra-atividade e retroatividade benéficas, devem sempre ser observadas, podendo acontecer de a lei mais favorável não ser a vigente no “tempo do crime”, nem a que está vigendo no momento da prolação da sentença. Nesse caso, está-se diante de uma lei intermediária, que, uma vez sendo a mais benéfica, deverá ser aplicada. “Nessa hipótese, a lei intermediária tem dupla extra-atividade: é ao mesmo tempo, retroativa e ultra-ativa” (BITENCOURT, 2003, v. 1, p. 109).

3.4. Princípio do “Favor Rei”

Também denominado de princípio do *favor innocentiae* ou *favor libertatis*, o *favor rei* reflete valores de liberdade e de reconhecimento da autonomia do indivíduo, inspirando toda a legislação processual penal.

O conteúdo desse princípio indica que havendo conflito entre o *jus puniendi* do Estado e o *jus libertatis* do cidadão, o intérprete e aplicador da lei deve se inclinar a favor do indivíduo. E isso deve se dar de tal forma, que havendo antinomia normativa, a escolha deverá ser a mais favorável ao réu.

Na relação processual, em caso de conflito entre a inocência do réu – e sua liberdade – e o direito-dever do Estado de punir, havendo dúvida razoável, deve o juiz decidir em favor do acusado. Exemplo disso está na previsão de absolvição quando não existir prova suficiente da imputação formulada (art. 386, VI, CPP). Por outro lado, quando dispositivos processuais penais forem interpretados, apresentando dúvida razoável quanto ao seu real alcance e sentido, deve-se optar pela versão mais favorável ao acusado, que, como já se frisou, é presumido inocente até que se demonstre o contrário (NUCCI, 2007b, p. 80).

No nosso ordenamento jurídico, várias são as normas expressas na legislação, inspiradas no *favor rei*, a exemplo da revisão criminal, da proibição da *reformatio in pejus* e da presunção de inocência.

4. Conteúdo e Natureza do Art. 33, § 4º, da Lei nº. 11.343/2006

Dispõe o art. 33, § 4º, da nova Lei de Tóxicos:

Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

(...)

ENTRE ASPAS

§ 4º Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa. (grifos nossos)

Trata-se o § 4º acima transcrito, de causa especial de diminuição de pena, configurando o que se denominou de tráfico privilegiado.

As causas de diminuição de pena, também chamadas de minorantes, se apresentam como causas modificadoras na terceira fase de aplicação da pena, podendo, inclusive, reduzi-la para aquém do mínimo cominado no preceito secundário do tipo penal incriminador.

Embora a redação do dispositivo legal diga que a pena “poderá” ser reduzida de 1/6 a 2/3, satisfazendo o réu os requisitos nele previstos, entende-se obrigatória a redução. É dizer, preenchidos os requisitos legais, a redução implica em direito público subjetivo do acusado e não em mera faculdade do Juiz.

Para que se opere a redução, é indispensável que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

Nos termos do art. 63 do CP, “verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior”. E no art. 64, I, dispõe o CP:

Art. 64. Para efeito de reincidência: **I** - não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação.

Desse modo, o agente será considerado primário ou não reincidente, quando inexistir sentença penal condenatória com trânsito em julgado ou, havendo, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a cinco anos. Caso o condenado se encontre no gozo de suspensão condicional da pena ou de livramento condicional, o prazo se inicia a partir da audiência admonitória ou da cerimônia de livramento condicional. Ultrapassado o período de prova (cinco anos), *in albis*, a condenação anterior não poderá ser considerada para efeito de reincidência.

Considera-se como antecedentes todo o histórico criminal do acusado que não se encaixe no conceito de reincidência. Em razão do princípio constitucional da presunção de inocência, apenas condenações anteriores já transitadas em julgado, que não possam ser apreciadas como circunstância agravante da reincidência, é que podem ser valoradas como maus antecedentes. Nessa linha de pensamento, foi editada a Súmula 444 do STJ: “é vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base”.

Esse entendimento não deve se restringir à aplicação da pena-base, mas a toda restrição legal que tenha suporte nos maus antecedentes, em obediência ao princípio constitucional da presunção de inocência (art. 5º, LVII, CF). Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE EXASPERADA DE UM SEXTO. NATUREZA DA DROGA

APREENDIDA. COCAÍNA. POSSIBILIDADE. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006. PREENCHIMENTO DE SEUS REQUISITOS. INCIDÊNCIA DA MINORANTE. CONCESSÃO DE OFÍCIO DA ORDEM.

1. Mostra-se justificada a exasperação da pena-base além do mínimo legal baseada na natureza da droga apreendida - cocaína -, por se tratar de substância nociva à saúde do usuário, a teor do que preceituam os artigos 42 da Lei nº 11.343/2006 e 59 do Código Penal.

2. Trata-se o artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, de norma de direito material de observância obrigatória quando da fixação da pena nos delitos por ela regulados por imperativo constitucional, eis que beneficia o agente dada a possibilidade de redução da reprimenda.

3. Faz jus à diminuição da pena o paciente que preenche todos os seus requisitos, não sendo motivação idônea para se afastar a incidência da minorante a menção no sentido de ser o paciente detentor de maus antecedentes levando-se em conta condenação ainda não transitada em julgado. (grifos nossos)

4. Habeas corpus denegado, e concedida a ordem, de ofício, para aplicar a causa de diminuição de pena prevista no § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/2006, reduzindo a pena do paciente na ação penal de que aqui se cuida a 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão e 194 dias-multa. (STJ – Sexta Turma, HC 152.285/SP, Rel. Ministro Haroldo Rodrigues, j. 23/02/2010, DJe 24/05/2010)

Dedicar-se à atividade criminosa significa ocupar-se, com permanência e continuidade, de condutas criminosas. O legislador também não conceituou o que entende por organização criminosa. Entendemos que para que se verifique o impeditivo legal, é indispensável que o acusado exerça, dentro de um grupo de agentes voltado para a prática organizada do crime de tráfico, determinada função, com habitualidade e assiduidade. Condutas isoladas, portanto, não configuram o impeditivo legal.

Ressalte-se que esses quatro requisitos legais são cumulativos. A ausência de qualquer um deles, inviabiliza a aplicação da redução de pena.

Uma vez preenchidas as exigências legais, o dispositivo em análise autoriza a diminuição da pena de 1/6 a 2/3. No entanto, o legislador não dispôs sobre os critérios para fixação do *quantum* de redução da penalidade imposta.

A doutrina e jurisprudência costumam apontar como critério aferidor da redução, as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP, que se referem à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, além da quantidade e natureza da droga traficada. Mesmo que esses critérios tenham sido utilizados na fixação da pena-base, não vislumbramos impedimento para que sejam também considerados no momento de redução da pena. Nesse sentido:

O quantum da redução da aplicação da causa de diminuição anunciada pelo § 4º, deverá variar em razão das circunstâncias objetivas e subjetivas, do fato e do agente, respectivamente, e que influenciaram na prática do crime. Não há nenhum problema em que o juiz possa levar em

consideração, tanto na fixação da pena-base quanto na aplicação da maior ou menor fração da redução. Afinal, a utilização das circunstâncias estaria atuando como causas diferentes, o que não repercute no *bis in idem*. Tome-se como exemplo a motivação torpe de um delito. Se essa circunstância é usada para a fixação mais gravosa da pena-base (art. 59 do CP), não poderá ser usada de novo para dar vazão a uma causa da mesma natureza, qual seja o aumento da pena como agravante do art. 61, II, a, do CP. Entretanto, quando vem a ser levada em conta como causa de diminuição, não haverá nenhum *bis in idem* quando se utiliza a circunstância para atribuir uma menor fração de redução. Do contrário, a própria utilização da reincidência como agravante, nos crimes do art. 33, caput e seu § 1º, e, depois, a ausência de primariedade para fins de negar a aplicação ao § 4º já representaria um *bis in idem* e fulminaria, *in natura*, a existência do próprio § 4º. Mas a incoerência acima ainda seria perceptível no efeito mais benéfico da causa de diminuição em tela. Veja-se, por exemplo, a hipótese de ausência de antecedentes criminais que viesse a influenciar na fixação da pena-base no patamar mínimo. Se não se distinguir essa causa pela qual a circunstância influi na aplicação da pena (fixação da pena-base), daquela pela qual é levada em conta na sua diminuição (fixação da fração de diminuição), ela também não poderia ser utilizada para fins do § 4º do art. 33, posto que já teria sido adotada para fazer com que o juiz aplicasse a pena-base no patamar mínimo. Assim, acolhendo raciocínio contrário, o que temos é que a ausência de antecedentes fará com que a pena-base parte do limite mínimo cominado ao crime, e ainda levará o juiz a aplicar a causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da NLA, sem que isso represente uma dupla diminuição contra o pleito da acusação e a expectativa social, dado que uma circunstância é capaz de gerar duas causas diferentes de individualização da pena. O que se veda é a utilização da mesma circunstância, mais de uma vez, como única causa de individualização da pena, tanto para mais quanto para menos. (GOMES, 2006, p. 32-33).

Finalmente, em que pese a vedação legal esculpida no dispositivo em tela, entende-se cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, desde que presentes os requisitos previstos no art. 44 e parágrafos, do CP, em obediência ao princípio constitucional da individualização da pena. Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTE. POSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. 1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal assentou serem inconstitucionais os arts. 33, § 4º, e 44, caput, da Lei 11.343/2006, na parte em que vedavam a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos em condenação pelo crime de tráfico de entorpecentes (HC 97.256, Rel. Min. Ayres Britto, sessão de julgamento de 1º.9.2010, Informativo/STF 598). 2. Ordem concedida. (STF – Primeira Turma, HC nº. 102.351/SP, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 21/09/2010, DJe 15/10/2010)

PENA RESTRITIVA DA LIBERDADE - SUBSTITUIÇÃO – TRÁFICO DE DROGAS - ARTIGO 44 DA LEI Nº 11.343/2006. Na dicção da sempre ilustrada maioria, em relação à qual guardo reservas, a vedação da substituição da pena restritiva da liberdade pela restritiva de direitos prevista no artigo 44 da Lei nº 11.343/2006 conflita com o princípio da individualização - Habeas Corpus nº 97.256/RS, da relatoria do Ministro Carlos Ayres Britto, apreciado no Plenário, com julgamento finalizado em 1º de setembro de 2010. (STF – Primeira Turma, HC nº. 101.205, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 21/09/2010, DJe 07/10/2010)

5. Aspectos Penais do Dispositivo, à Luz do Princípio da Retroatividade da Lei Penal Mais Benigna

Como se viu, pela nova lei de tóxicos, o agente condenado pelo crime de tráfico terá a sua pena reduzida de 1/6 a 2/3, desde que seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

No entanto, a Lei nº. 11.343/06 aumentou a pena mínima cominada para o crime de tráfico, de 03 (três) para 05 (cinco) anos de reclusão. Logo, a nova lei é mais benéfica, ao permitir regra de diminuição de pena, porém, mais prejudicial, no que se refere ao *quantum* de pena mínimo exigido no preceito secundário do tipo incriminador.

A grande discussão que se formou entre os juristas diz respeito à possibilidade de aplicação da regra de diminuição de pena, aos agentes que praticaram o crime de tráfico antes da entrada em vigor da nova lei, quando o crime era tipificado pela Lei nº. 6.368/76, cujo art. 12 cominava pena mínima de 03 (três) anos de reclusão, contemplando, portanto, regra mais benéfica no que diz respeito à cominação da pena.

Aplicar o art. 12 da Lei 6.368/76 e a causa de diminuição de pena, prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, é admitir a combinação de leis: a lei nova retroagindo em sua parte benéfica (à medida em que prevê causa de diminuição de pena), combinada com a antiga, que fixa o *quantum* de 03 (três) anos como pena mínima para o crime de tráfico.

Combinar duas leis é a possibilidade que tem o julgador, em atenção aos princípios da retroatividade e ultra-atividade benéficas, de retirar de cada diploma legal, os dispositivos que melhor atendam aos interesses do agente (acusado ou condenado), desconsiderando os que prevejam medidas desfavoráveis a ele (GRECO, 2005, p. 128).

Por outro lado, alguns autores rechaçam a possibilidade da combinação, uma vez que, nesse caso, o magistrado estaria criando uma terceira lei, usurpando a função do legislador, o que lhe seria vedado pela Constituição. Segundo essa doutrina, a *lex tertia* (conjugada) implicaria numa violação de competências, ao transformar o magistrado em legislador, que, não sendo competente para tal, acabaria por violar o princípio da tripartição de poderes consagrado no art. 2º da CF. Nesse sentido: Battaglini, Maurach, Pannain, Antolisei e Asúa. Entre nós: Nélson Hungria, Aníbal Bruno e Fernando Capez.

Inúmeros são os julgados, inclusive nos Tribunais Superiores, que ainda não reconhecem a possibilidade da conjugação de leis. A depender da Turma do STJ a que seja distribuído eventual ação de *habeas corpus* ou recurso especial, por exemplo, o agente pode ou não ser contemplado pela conjugação de leis, o que implica em grave violação aos princípios da igualdade e do acesso à jurisdição (AGLANTZAKIS, [2010?]).

ENTRE ASPAS

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. COMETIMENTO NA VIGÊNCIA DA LEI 6.368/76. ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. NOVATIO LEGIS IN MELLIUS. MATÉRIA NÃO APRECIADA PELO JUÍZO SENTENCIANTE. LEI NOVA JÁ EM VIGOR AO TEMPO DA CONDENAÇÃO. NULIDADE. REJEIÇÃO PELO TRIBUNAL ORIGINÁRIO. COMBINAÇÃO DE LEIS NO TEMPO. IMPOSSIBILIDADE.

INAPLICABILIDADE AOS FATOS ANTERIORES. EMPREGO DE UMA OU OUTRA LEGISLAÇÃO EM SUA INTEGRALIDADE. PERMISSIBILIDADE. PRECEDENTES. COAÇÃO ILEGAL VERIFICADA.

1. Evidente a nulidade parcial da sentença quando o Juízo singular deixa de se manifestar acerca da possibilidade de incidência, no caso, do redutor inserto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, que já se encontrava em vigor ao tempo da prolação da condenação.

2. A Quinta Turma deste Superior Tribunal de Justiça vem decidindo pela impossibilidade de combinação das leis no tempo, permitindo a aplicação da nova regra mais benigna, trazida pela Lei 11.343/06, ao crime de narcotráfico cometido na vigência da Lei n. 6.368/76, somente se o cálculo da redução for efetuado sobre a pena-base cominada ao delito do art. 33 da Lei n. 11.343/06.

3. Ressalva do posicionamento deste Relator, no sentido de que, tratando-se a nova regra prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06 de norma de caráter preponderantemente penal e, sendo mais benéfica, aplica-se imediata e retroativamente aos crimes cometidos antes de sua vigência, nos precisos termos do art. 5º, XL, da CF, e do art. 2º, parágrafo único, do CP, independentemente da fase em que se encontrem, devendo a mitigação incidir sobre a sanção cominada na Lei 6.368/76.

4. Ordem concedida para, cassando o acórdão impugnado, anular em parte a sentença condenatória, determinando que o Juízo da condenação analise a possibilidade de redução da pena do paciente com fulcro no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, aplicando, se for o caso, em sua integralidade, a legislação que melhor favorecê-lo. (STJ - HC 132.398/SP, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, j. 23/03/2010, DJe 12/04/2010).

Em outro sentido:

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. CONCESSÃO DA ORDEM MEDIANTE DECISÃO MONOCRÁTICA DO RELATOR. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES.

COMBINAÇÃO DE LEIS PENAS FAVORÁVEIS AO RÉU. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06 E ARTIGO 12 DA LEI 6.368/76. VIABILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.

1. Ambas as Turmas que integram a 3ª Seção deste Superior Tribunal de Justiça se tem manifestado no sentido de ser possível a concessão de ordem de habeas corpus mediante decisão monocrática. Precedentes.

2. A Sexta Turma desta Corte Superior de Justiça, em caso análogo ao dos presentes autos, reafirmou o entendimento no sentido de ser possível a combinação do artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06 com o artigo 12 da Lei 6.368/76.

3. Agravo regimental ao qual se nega provimento. (STJ - AgRg no HC 119.429/SP, Rel. Ministro Celso Limongi (Desembargador convocado TJ/SP), Sexta Turma, j. 02/03/2010, DJe 22/03/2010)

No STF, a matéria também é controvertida e atualmente, encontra-se em discussão no Pleno da Suprema Corte.

Segundo relata o Informativo nº. 611 do STF, no dia 02.12.2010, o Plenário da Corte iniciou o julgamento do recurso extraordinário 596152/SP, em que se discute a aplicabilidade, ou não, da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 sobre condenações fixadas com base no art. 12, caput, da Lei 6.368/76, diploma normativo este vigente à época da prática do delito. *In verbis*:

Na espécie, o Ministério Público Federal alega afronta ao art. 5º, XL, da CF (“a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu;”) ao argumento de que a combinação de regras mais benignas de dois sistemas legislativos diversos formaria uma terceira lei. O Min. Ricardo Lewandowski, relator, proveu o recurso para determinar que o juízo da Vara de Execuções Penais aplique, em sua integralidade, a legislação mais benéfica ao recorrido, no que foi acompanhado pelos Ministros Cármen Lúcia e Joaquim Barbosa.

Inicialmente, ressaltou que a doutrina sempre esteve dividida quanto ao tema. Em sequência, entendeu não ser possível a conjugação de partes mais benéficas de diferentes normas para se criar uma terceira lei, sob penal de ofensa aos princípios da legalidade e da separação de poderes. Afirmou que a Constituição permitiria a retroatividade da lei penal para favorecer o réu, mas não mencionaria sua aplicação em partes. Consignou que a Lei 6.368/76 estabelecia para o delito de tráfico de drogas uma pena em abstrato de 3 a 15 anos de reclusão e fora revogada pela Lei 11.343/2006, que cominou, para o mesmo crime, pena de 5 a 15 anos de reclusão. Enfatizou, assim, que a novel lei teria imposto reprimenda mais severa para aquele tipo penal e que o legislador se preocupara em diferenciar o traficante organizado do pequeno traficante. Acrescentou haver correlação entre o aumento da pena-base mínima prevista no caput do art. 33 da Lei 11.343/2006 e a inserção da causa de diminuição disposta em seu § 4º. Explicitou que, ao ser permitida a combinação das leis referidas para se extrair um terceiro gênero, os magistrados estariam atuando como legislador positivo. Ademais, ponderou que, dessa forma, poder-se-ia chegar à situação em que o delito de tráfico viesse a ser punido com pena semelhante às das infrações de menor potencial ofensivo. Concluiu que, se na dúvida quanto à legislação mais benéfica em determinada situação, dever-se-ia examinar o caso concreto e verificar a lei, que aplicada em sua totalidade, seria mais favorável.

ENTRE ASPAS

Em divergência, o Min. Cezar Peluso, Presidente, proveu o recurso, no que foi seguido pelo Min. Dias Toffoli. Reiterou o teor do voto proferido no julgamento do HC 95435/RS (DJe de 7.11.2008), no sentido de entender que aplicar a causa de diminuição não significaria baralhar e confundir normas, uma vez que o juiz, ao assim proceder, não criaria lei nova, mas apenas se movimentaria dentro dos quadros legais para uma tarefa de integração perfeitamente possível. Além disso, asseverou que se deveria observar a finalidade e a ratio do princípio, para que fosse dada correta resposta ao tema, não havendo como se repudiar a aplicação da causa de diminuição também a situações anteriores. Nesse diapasão, realçou, também, que a vedação de junção de dispositivos de leis diversas seria apenas produto de interpretação da doutrina e da jurisprudência, sem apoio direto em texto constitucional. Após, pediu vista o Min. Ayres Britto.

Em que pese o entendimento de renomados autores e juristas, entendemos ser perfeitamente possível a combinação de leis penais, que, ao invés de criar uma terceira lei, como defendem alguns, atende aos princípios constitucionais da ultra-atividade e retroatividade benéficas.

Na combinação de leis, o juiz não está criando uma nova lei, mas atuando legitimamente e com equidade, dentro dos parâmetros constitucionais. Se para aplicar o mandamento constitucional da lei mais favorável, o julgador pode escolher, dentre várias leis, a mais benéfica, não há nada que impeça a combinação delas. O próprio fato do Código Penal falar em lei “que de qualquer modo” beneficie o agente, nos remete ao fato de que o princípio em comento deve ser interpretado da forma mais extensa possível.

A equidade como recurso hermenêutico de aplicação do Direito é um procedimento que adapta a generalidade da norma às peculiaridades dos casos concretos. Como bem se afirma, justiça e equidade são caminhos diferentes para chegar a um único valor: a justiça considera o caso individual do ponto de vista da norma geral, a equidade procura achar a própria lei do caso individual. Definida por Aristóteles como “a justiça do caso concreto”, a equidade consiste na solução de conflitos pela consideração harmônica das circunstâncias concretas, do que pode resultar um ajuste da norma geral à especificidade da situação para que a decisão seja justa. A multiplicidade dos casos ocorrentes e das circunstâncias particular excede a capacidade de previsão do legislador, e a possibilidade de que este possa incluí-los, sem omissões ou defeitos, nas fórmulas gerais da lei, é bastante remota. Assim, a rigidez da fórmula não emendaria os erros em que o legislador porventura tivesse incorrido, gerando desigualdades e injustiças (PRADO, 2006, v. 1, p. 188-189).

A favor da combinação de leis penais: Roubier, Garraud e Petrocelli. Na doutrina brasileira: Basileu Garcia, Frederico Marques, Magalhães Noronha, Damásio de Jesus, Cezar Bitencourt, Rogério Greco, Luiz Regis Prado e Juarez Cirino dos Santos.

Qualquer interpretação legal deve se submeter aos direitos e garantias previstos na Constituição, que está no ápice de todo o sistema jurídico. Não há sentido em dizer que ao

combinar duas leis penais, o juiz está legislando e inovando na ordem jurídica. Ao contrário, entendendo pela possibilidade da combinação, está o magistrado assegurando a aplicabilidade dos princípios constitucionais da retroatividade benéfica e da individualização da pena, fazendo justiça no caso concreto.

Afinal, se interpretar é argumentar corretamente, isso significa, antes de tudo, argumentar a partir de princípios, e não a partir de regras, buscando sempre a interpretação mais condizente com os valores de liberdade, igualdade e fraternidade, especialmente. Isso vale, sobretudo, para o direito penal, por traduzir a forma mais incisiva de intervenção do Estado na liberdade dos cidadãos, em cujo favor (da liberdade) a Constituição Federal, visando a assegurar-lhe a efetividade, consagra, num exaustivo artigo – o 5º –, uma série de garantias. E essa incorporação, em nível constitucional, dos direitos fundamentais, altera, como ressalta Ferrajoli, a relação entre o juiz e a lei e atribui à jurisdição um papel de garantia do cidadão contra as violações da legalidade, em qualquer nível, por parte dos poderes públicos, significando dizer que o direito de exigir, judicialmente, a observância das garantias constitucionais constitui, em si mesmo, uma garantia do cidadão em face do poder punitivo do Estado (QUEIROZ, 2005, p. 59-60).

Desse modo, a aplicabilidade da *lex mitior* pode e deve ser efetivada através da combinação de leis, sob pena de afronta à própria ordem constitucional.

6. Conclusões

O tema ora analisado e ainda controvertido na doutrina e jurisprudência, tem gerado grandes disparidades e insegurança jurídica.

Entendemos que a nova lei é mais benéfica, ao prever a figura do tráfico privilegiado (art. 33, § 4º), porém, é mais prejudicial, no que diz respeito à pena mínima cominada ao crime (cinco anos de reclusão), não havendo impeditivo legal na aplicação cumulativa do referido dispositivo com o art. 12 da Lei nº. 6.368/76.

Logo, para os crimes praticados sob a égide da Lei nº. 6.368/76, deve a lei nova retroagir apenas em sua parte benéfica (causa de diminuição de pena), nos exatos termos do art. 5º, XL, da CF, aplicando-se, cumulativamente, o art. 12 da lei revogada, que comina pena mínima mais branda ao crime de tráfico.

Essa é a interpretação que mais se coaduna com o nosso sistema jurídico e sobretudo, com a inafastável garantia constitucional da irretroatividade da *lex gravior*.

Referências

AGLANTZAKIS, Vick Mature. Combinação de leis no âmbito do Direito Penal: fator de insegurança jurídica. Direito Penal Virtual, [2010?] Disponível em: <<http://www.direitopenalvirtual.com.br/artigos/leiamais/default.asp?id=611>> Acesso em: 15 dez. 2010.

ENTRE ASPAS

- BITENCOURT, Cezar. Tratado de Direito Penal: Parte Geral. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 1.
- BOAVENTURA, Edivaldo M. Metodologia da Pesquisa: Monografia, Dissertação, Tese. São Paulo: Atlas, 2004.
- BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- BOSCHI, José Antonio Paganella. Das penas e seus critérios de aplicação. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Informativo nº. 611. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo.htm>. Acesso em: 15 dez. 2010.
- ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. Conceito de Princípios Constitucionais. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal. Tradução Ana Paula Zomer. et. al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- GOMES, Abel Fernandes. Nova Lei Antidrogas: Teoria, Críticas e Comentários à Lei 11.343/06. 1ª ed. Niterói: Impetus, 2006.
- GOMES, Luiz Flávio. Penas e Medidas Alternativas à Prisão. São Paulo: RT, 1999.
- GRAU, Eros Roberto. Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: Parte Geral. 5ª ed. Niterói: Impetus, 2005.
- LUBISCO, Nidia M. L.; VIEIRA, Sônia Chagas. Manual de Estilo Acadêmico: Monografias, Dissertações e Teses. 2ª ed. Salvador: EDUFBA, 2003.
- MOURA, Maria das Graças de Almeida. Estado Cidadão e Cidadania. Campinas: Komedi, 2005.
- NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Processo Penal e Execução Penal. 3ª ed. São Paulo: RT, 2007b.
- PRADO, Luiz Regis. Curso de Direito Penal: Parte Geral. 6ª ed. São Paulo: RT, 2006, v. 1.
- QUEIROZ, Paulo de Souza. Direito Penal: introdução crítica. São Paulo: Saraiva, 2001a.
- _____. Direito Penal: Parte Geral. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. 7ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral. 5ª ed. São Paulo: RT, 2004.

PROCESSO PENAL – A EXECUÇÃO DA PENA DE MULTA E A COBRANÇA DAS CUSTAS DO PROCESSO NA AÇÃO PENAL PÚBLICA

Eliete Josefa Gerondoli Campista Brunow

Graduada em Direito pela UNESULBAHIA – Faculdades Integradas do Extremo Sul da Bahia – Eunápolis-BA e pós-graduanda em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Serventuária do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, lotada na Comarca de Eunápolis, com endereço na Avenida Artulino Ribeiro, s/n, Dinah Borges, Eunápolis-BA - CEP 45820-000 - fone: (73) 3281-3211.

Resumo: O presente artigo tem como objetivo auxiliar os Serventuários da Justiça e demais pessoas que militam nas lides forenses, especialmente na área criminal, a entender como se processa a execução da pena de multa e cobrança das custas do processo, impostas na sentença penal condenatória. As dúvidas emergentes de um processo findo e a chegada do momento de cumprir todas as determinações da sentença para enfim arquivá-lo é uma situação corriqueira e nada fácil ao serventuário lotado em uma Vara Criminal. Diversas dúvidas surgem em relação a sua cobrança, principalmente em relação a competência, o que se agrava quando o réu, além da pena de multa, também é condenado a cumprir pena privativa de liberdade. Não é diferente em relação as custas do processo. As orientações encontradas limitam-se a estabelecer o valor a ser cobrado em ações penais privadas, nada dizendo a respeito das ações penais públicas. O tema merece importância uma vez que o Estado tem interesse na sua cobrança, pois se trata de uma fonte de renda que o auxilia na dispendiosa função jurisdicional, sem falar também que os autos findos não podem ser arquivados sem que o Escrivão certifique estarem integralmente pagas as custas devidas e que o não processamento da baixa do processo no respectivo sistema por estar pendente de cumprimento das determinações já referidas, contribui negativamente para o elevado número de processos ativos da Justiça Baiana.

Palavras-Chave: Processo Penal. Ação Penal Pública. Execução da pena de multa. Cobrança das custas do processo. Competência. Arquivamento ação penal.

Introdução

Com o trânsito em julgado da sentença condenatória tem-se formado o título executivo judicial.

A partir de então várias providências deverão ser tomadas para que a respectiva ação penal seja devidamente arquivada.

Além da execução da pena privativa de liberdade, se for o caso, deverá ainda ser providenciada a execução da pena de multa, cobrança das custas do processo e as anotações e informações a serem devidamente prestadas.

Ocorre que, além da controvérsia atual sobre qual seja o órgão legitimado a promover a execução da pena de multa (o ministério Público ou a Procuradoria Fiscal), ainda existe a dúvida em relação ao procedimento adequado para a cobrança das custas do processo.

Outro aspecto também importante é a isenção do pagamento das custas processuais no âmbito criminal e às pessoas contempladas com o benefício da justiça gratuita.

Deste modo, o presente estudo tem como objetivo analisar o procedimento para a cobrança da pena de multa e das custas do processo, com vistas ao correto arquivamento da ação penal em que foi prolatada a decisão condenatória, contribuindo assim para a redução do elevado número de processos ativos no Poder Judiciário do Estado da Bahia, bem como os dados estatísticos informados por este Órgão ao Conselho Nacional de Justiça.

Para tanto, faz-se necessário uma breve explanação sobre o instituto da pena de multa e das custas do processo, para, ao final, alcançarmos o objetivo proposto.

1 - Da Pena de Multa

A pena de multa é uma das espécies de sanções previstas no Art. 32, do Código Penal, a qual pode ser imposta na sentença penal condenatória como resultado da punibilidade da conduta típica, impondo-se ao condenado a obrigação de pagar determinada quantia em dinheiro, calculada na forma de dias-multa, ao Fundo Penitenciário, constituindo-se assim tal valor em verba federal.

A aplicação da multa está prevista no Art. 50, do Código Penal e poderá ser aplicada isoladamente, quando cominada abstratamente como sanção específica a um tipo penal, alternativamente (pena privativa de liberdade ou multa), cumulativamente (pena privativa de liberdade e multa) e ainda, de forma substitutiva, ou seja, no momento da sentença o Juiz poderá substituir a pena privativa de liberdade por pena de multa, se atendidos determinados requisitos.

No momento da fixação da pena de multa é estabelecida a sua quantidade e o seu valor, momento em que o Julgador analisa dois critérios, um objetivo e outro subjetivo.

Em relação ao critério objetivo, que estabelece a quantidade de dias-multa, levam-se em consideração as condições judiciais previstas no Art. 59, do Código Penal que levarão à pena base, a gravidade da infração, como também a existência de atenuantes e agravantes, causas de diminuição e aumento da pena. Essa quantidade pode ser fixada entre dez e trezentos e sessenta dias, ressalvada a previsão estabelecida em legislação especial.

Já em relação à fixação do valor de cada dia-multa, o qual não pode ser menor que um trigésimo do salário mínimo vigente na data do fato, nem superior a cinco vezes esse mesmo salário, o critério utilizado é subjetivo. É preciso levar em consideração o estado econômico do acusado, para que assim seja alcançada a justa individualização da multa, de modo que esta não seja exorbitante para o pobre e irrisória para o rico.

Após o trânsito em julgado da sentença que condenou o réu ao pagamento da pena de multa, deverá este ser notificado para pagar a multa no prazo de dez dias, cujo recolhimento se dará por meio de GRU, em nome do Fundo Penitenciário Nacional – FUNPEN/DEPEN, em a qual a receita deverá ser identificada como multa decorrente de sentença penal

condenatória (COORDENAÇÃO DE FISCALIZAÇÃO DA CONTROLADORIA DO JUDICIÁRIO, 2010).

Porém, antes da notificação do réu para o pagamento é necessário que seja feita a atualização do valor da multa, conforme estabelecido no § 2º, do Art. 49, do Código Penal, pelos índices de correção monetária.

Em que pese a discussão doutrinária a respeito do marco inicial para a correção monetária, vez que a redação do § 2º, do Art. 49, do Código Penal não expressou com maior clareza sobre o já citado marco inicial, o STJ já se posicionou no sentido de que a correção monetária da multa deve ser feita a partir da data do fato.

Caso não haja o adimplemento da obrigação, conforme dispõe o Art. 51, do Código Penal, a multa referida será considerada dívida de valor, aplicando-se-lhe as normas da legislação relativa à dívida ativa da Fazenda Pública, ou seja, a Lei nº 6.830/80.

Tal artigo teve a sua redação alterada com o advento da Lei nº 9.268/96 e com esta surgiram várias divergências na Jurisprudência.

Alguns doutrinadores entendem que apesar de a pena de multa ser considerada dívida de valor, esta não perdeu seu caráter penal, e, bem por isso, a atribuição para promover a execução penal continua sendo do Ministério Público.

Nesse sentido, confira-se:

AGRAVO - EXECUÇÃO PENA DE MULTA - SENTENÇA CONDENATÓRIA - LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO - INTELIGÊNCIA DO ART. 51 DO CP. Na conformidade da orientação doutrinária e jurisprudencial dominantes, malgrado o entendimento em contrário, a Lei 9.268/96, que alterou a redação do art. 51 do CP, considerando a pena de multa como dívida de valor, não lhe retirou o caráter de sanção penal e nem modificou a competência para a sua execução, tendo o Ministério Público legitimidade para o seu ajuizamento perante o Juízo da Vara das Execuções Penais. Agravo provido. V.V. (MINAS GERAIS, TJ, Número do processo: 1.0000.08.485384-5/001(1), Relator PAULO CÉZAR DIAS, Publicação: 18/06/2009,).

Esse também é o entendimento de Guilherme de Souza Nucci, o qual leciona que: “Segundo o que vimos defendendo, deve ser ela executada pelo Ministério Público, na Vara das Execuções Penais, embora seguindo o rito procedimental da Lei 6.830/80, naquilo que for aplicável.” (NUCCI, 2003, p. 253).

Defendendo esta tese, o Procurador-Geral da República ingressou com a propositura de uma ação direta de inconstitucionalidade (ADIN 3.150) que se encontra sob apreciação do STF, para que seja estabelecida que a redação do art. 51, do Código Penal legitima o Ministério Público e marca a competência do juízo das execuções criminais ao ajuizamento e decisão, respectivamente, sobre a pena de multa.

Em sentido contrário, de acordo com a corrente majoritária caberá a Fazenda Pública, perante a Vara de Execuções Fiscais, a execução da multa, o que não retira desta o seu caráter punitivo.

Discorrendo sobre as controvérsias surgidas depois do advento da Lei n.º 9.268/98, o professor LUÍS FLÁVIO GOMES, citado pela Ministra Laurita Vaz (CAT nº 107- PB, 2001) esclareceu que:

ENTRE ASPAS

(...) a multa que se converte em dívida de valor após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, afinal, tem natureza penal ou civil?

(...) Vendo-se a multa do pondo de visto intrínseco, não há como negar sua natureza penal. É uma pena, que ganha força jurídica com a sentença condenatória. Intrinsecamente considerada, portanto, a multa não perde jamais esse caráter penal. Mesmo porque, independentemente da execução do valor monetário (do quantum, do débito) que ela expressa, a condenação penal produz seus efeitos penais naturalmente: de gerar reincidência, de impedir a incidência de alguns institutos penais, antecedentes, etc, todos os efeitos penais da sentença condenatória incidem contra o condenado, em suma, independente do destino que tenha o crédito ou a dívida emanado da multa. A nova lei não retirou o caráter penal da sanção pecuniária, mas apenas passou a considerá-la como dívida ativa para fins de execução, de tal forma que, para outras finalidades, continua com o mesmo caráter punitivo.

Leiam-se também as lições de RENÉ ARIEL DOTTI:

Na atualidade, domina a idéia de que a multa é uma das importantes alternativas para a prisão. Devidamente corrigida em seus valores, essa forma de sanção cumpre os objetivos reservados às penas em geral, segundo uma perspectiva de bases imprescindíveis à sua dignidade. Ela pode retribuir a culpa e cumprir os fins de prevenção. É humana e personalíssima. Representa, em suma, a fórmula adequada para compensar, embora parcialmente, a ofensa resultante do delito. Em muitas hipóteses de ilícitos não violentos contra o patrimônio, a Fé e a Administração Públicas, a multa caracteriza uma solução adequada ao progresso reclamado pela ciência penal dos dias presentes, principalmente quando é empregada para substituir penas curtas de prisão, conforme, aliás, preceituava o Código de 1969 (art. 46) (DOTTI apud VAZ, Laurita, 2001).

Esse é o entendimento firme do Superior Tribunal de Justiça:

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. MULTA IMPOSTA EM PROCESSO CRIMINAL (CÓDIGO PENAL - ART 51) LEI 9.268/96. COBRANÇA. FAZENDA PÚBLICA.

1 - Desde o advento da Lei nº 9.268 96, compete ao Estado, através de seus procuradores, cobrar multa correspondente a pena de multa imposta em processo criminal (CP art. 51).

2 - Conflito conhecido, para declarar a competência do Juízo de Direito da 4ª Vara Criminal de Niterói RJ, o suscitado. (STJ, CC 29.545/SP, 3a Seção, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJU de 27/11/2000).

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. JUÍZOS FEDERAL E ESTADUAL CRIMINAL. PENA DE MULTA (ART. 51 CP). LEI Nº 9.268/96. EXECUÇÃO.

Transitada em julgado a sentença penal condenatória, compete ao juiz da execução penal intimar o condenado para efetuar o pagamento da pena pecuniária devendo comunicar à Fazenda Pública para que proceda à execução fiscal (art. 51, CP), no juízo competente. Precedente da Primeira Seção. Conflito conhecido, declarando-se a competência do juízo comum estadual, o suscitado. (STJ, CC 29.520/RJ, 3a Seção, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJU de 27/11/2000).

E mais: “Se a cobrança é da alçada estadual, incumbe à Procuradoria da Fazenda Estadual procedê-la. (STJ, Cat 105/PB, 2001)”.

Desse modo, comungando do entendimento esposado pelo Superior Tribunal de Justiça, após ter sido o condenado notificado para pagar a sua obrigação e em não o fazendo espontaneamente, o Juízo competente deverá encaminhar à Fazenda Pública a certidão da sentença condenatória à pena de multa, com trânsito em julgado em definitivo e comprovação de que o condenado foi notificado nos termos do art. 50, do Código Penal, mas não efetuou o respectivo pagamento, para que esta então proceda à inscrição da multa como dívida ativa não tributária.

De outro canto, surge também a necessidade de esclarecer qual juízo é o competente para executar a pena de multa quando esta é cumulada com pena privativa de liberdade proferidas por Juízes das Varas Criminais onde não existam estabelecimentos prisionais.

Determina o Provimento nº CGJ- 07/2010, da Corregedoria Geral de Justiça do Estado da Bahia (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA, 2010) que a execução da pena de multa quando cumulada com pena privativa de liberdade em regime semi-aberto ou fechado das sentenças condenatórias proferidas por Juízes das Varas Criminais onde não existam estabelecimentos prisionais será feita pelo Juízo da Execução Penal. Confira-se:

Art. 3º - Aos Juízes das Varas Criminais de Comarcas onde não existam estabelecimentos prisionais destinados ao recolhimento de condenados, compete executar as sentenças condenatórias do seu Juízo, que imponham penas privativas de liberdade em regime aberto, as penas restritivas de direito e de multa, quando não aplicadas cumulativamente com pena privativa de liberdade em regimes fechado ou semi-aberto, bem como conceder e fiscalizar a suspensão condicional da pena (SURSI).

Caberá então, neste caso, ao juízo do processo de conhecimento (Vara Criminal) encaminhar a Guia de Recolhimento ao juízo da execução penal para que ali seja formado o processo de execução que reunirá todas as condenações impostas ao réu.

Exemplificando: Na Comarca de Eunápolis-BA não existe estabelecimento prisional destinado ao recolhimento dos seus condenados, sendo as execuções das sentenças condenatórias em regime semi-aberto e fechado de competência do Juízo Criminal da Comarca de Teixeira de Freitas. Desse modo, compete ao Juízo Criminal da Comarca de Teixeira de Freitas, nos autos do Processo de Execução Penal proceder com a execução da pena de multa, notificando-se o condenado para o seu pagamento.

Essa determinação também resta expressamente contida no Provimento nº CGJ- 07/ 2010 da Corregedoria Geral de Justiça do Estado da Bahia (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA, 2010). Vejamos:

ENTRE ASPAS

Art. 6º - O Juiz competente para a execução da pena ordenará a formação do Processo de Execução Penal (PEP), a partir das peças referidas no artigo 4º deste Provimento.

§ 1º - Para cada réu condenado, formar-se-á um Processo de Execução Penal, individual e indivisível, reunindo todas as condenações que lhe forem impostas, inclusive aquelas que vierem a ocorrer no curso da execução.

De outra banda, continuando com o mesmo exemplo, caberá ao Juízo da Vara Criminal da Comarca de Eunápolis executar as sentenças condenatórias que imponham penas privativa de liberdade em regime aberto, penas restritivas de direito e as de multa, formando, para tanto, autos apartados da ação de conhecimento.

Enfim, em caso de inadimplemento, deverá ser encaminhada à Fazenda Pública a certidão da sentença condenatória à pena de multa, com trânsito em julgado e a comprovação da notificação do condenado para o pagamento, bem assim da sua inércia, para que esta então proceda à inscrição da multa como dívida ativa não tributária.

Em relação aos prazos prescricionais estipulados no Art. 114, do Código Penal, estes restaram inalterados. Desse modo, quando a pena de multa for a única pena aplicada ela prescreve em dois anos e quando ela é alternativa ou cumulativamente cominada ou cumulativamente aplicada o prazo da prescrição é o mesmo estabelecido para prescrição da pena privativa de liberdade.

Quanto as causas interruptivas e suspensivas da prescrição segue-se a normas da Legislação relativa à dívida ativa da Fazenda Pública, ou seja, suspende-se a prescrição enquanto não for localizado o devedor ou não forem encontrados bens sobre os quais possam recair a penhora e interrompe-se a prescrição pela citação pessoal feita ao devedor, pelo protesto judicial, por qualquer ato judicial que coloque em mora o devedor, por qualquer ato inequívoco, ainda que extrajudicial, que importe em reconhecimento do débito pelo devedor.

2 - Das Custas do Processo

A Função jurisdicional é um serviço público cujas despesas devem ser remuneradas. Essas despesas compreendem as custas e todos demais gastos efetuados com os atos do processo.

As custas processuais “são verbas pagas aos serventuários da Justiça e aos cofres públicos, pela prática de ato processual conforme a tabela da lei ou regimento adequado” (THEODORO JÚNIOR, 2010, p. 99), ou seja, são taxas judiciárias devidas pela prestação de serviços públicos de natureza forense. Tem previsão Constitucional contida no art. 24, inc. IV, da Constituição Federal (BRASIL, 2009, p.18).

Possuem natureza jurídica de tributo, pois representam remuneração de serviço público. Em função do seu fato gerador, trata-se, então, de uma taxa, conforme especificado no Art. 77, do Código Tributário Nacional (BRASIL, 2006, P. 11):

Art. 77. As taxas cobradas pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios, no âmbito de suas respectivas atribuições, tem como fato gerador o exercício regular do poder de polícia, ou a utilização, efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição.

No Estado da Bahia, a Lei nº 3.956, de 11 de dezembro de 1981, em seu art. 83, estatui que são taxas estaduais “a prestação, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, na área do Poder Judiciário”. (BRASIL, 1981). Seus valores são fixados de acordo com a tabela constante do Anexo Único do Decreto Estadual nº 11.877/2009.

As custas devem ser recolhidas por intermédio do Documento de Arrecadação Judiciária (DAJ), em três vias, conforme art. 1º do Decreto Judiciário nº 032/09 e deve ser emitido um DAJ para cada ato específico, conforme o art. 2º do mencionado Decreto. O recolhimento das custas é indispensável para a prática do ato, devendo ser realizado pelo contribuinte antes do fato gerador (Supervisão de Fiscalização - SUFIS/ Gerência Financeira e de Arrecadação – GFA, 2009, p. 8).

Todavia, em relação a ação penal pública o exercício do jus puniendi é dever do Estado, ou seja, ao Estado compete o ônus relativo à ação e assim a coleta de provas necessárias ao seu processamento. Deste modo, a sua cobrança só se dá após o trânsito em julgado da decisão que põs fim ao processo ou ao incidente, tendo em vista o princípio constitucional da presunção da inocência, ampla defesa e devido processo legal.

Veja-se o que decidiu o Conselho Nacional de Justiça a respeito do assunto:

EMENTA:

PROCEDIMENTO DE CONTROLE ADMINISTRATIVO. COBRANÇA PRÉVIA DE CUSTAS NA AÇÃO PENAL PÚBLICA. INCONSTITUCIONALIDADE. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO.

I - Está em desacordo com os princípios da presunção de inocência, do devido processo legal e de acesso à justiça a cobrança antecipada de despesa em ação penal pública.

II - Precedente do Conselho Nacional de Justiça quanto à cobrança antecipada de das despesas com oficial de justiça na ação penal pública.

III - Precedente do Supremo Tribunal Federal (HC 74338 / PB. Relator: Min. Néri Da Silveira).

III - O pagamento das custas, ônus da condenação criminal (CPP, art. 804), deve efetuar-se na fase da execução do julgado.

IV - Pedido julgado procedente para vedar ao Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins a exigência de custas prévias em ação penal pública (BRASILIA, CNJ, PCA, N.º 0002497- 02.2009.2.00.0000 – Rel. Conselheiro Felipe Locke Cavalcanti, 2009).

Desse modo, nos processos criminais, quando vencido for o réu, a regra é que as custas também são devidas e a sua cobrança, no caso de ação penal pública, deverá ser após o trânsito em julgado da sentença condenatória. A sua previsão está contida no Art. 804, do Código de Processo Penal: “a Sentença ou o Acórdão que julgar a ação, qualquer incidente ou recurso, condenará nas custas o vencido”. (NUCCI, 2003, p. 1026).

Transitada então a sentença condenatória deverão as custas ser contadas e cobradas de acordo com os regulamentos expedidos pela União e pelos Estados, conforme determina o art. 805, do CPP (NUCCI, 2003, p. 1027).

Em alguns Estados não são cobradas custas nos processos criminais. Vejamos:

Em Mato Grosso:

ENTRE ASPAS

Art. 3º Além dos casos previstos em lei, são isentos do pagamento de emolumentos, despesas e custas:

I - a União, o Estado e o Município, salvo quanto aos valores despendidos pela parte vencedora da demanda;

II - o réu pobre, nos processos criminais;

III - qualquer interessado, nos processos relativos a menor em situação de risco (ECA);

IV - o Ministério Público, nos atos de ofício.

§ 1º Presumir-se-á pobre o réu preso que não tiver defensor constituído. (BRASIL, 2001).

Em Rondônia:

Art. 4º - São isentos do pagamento de de despesa forense, custas e emolumentos:

I - o beneficiário da Justiça Gratuita;

II - o réu pobre, nos processos criminais;

III - qualquer interessado nos processos relativos a menor em situação irregular;

IV - o Ministério Público, nos atos de ofício.

§ 1º - Presumir-se-á pobre o réu preso que não tiver defensor constituído.(BRASIL, 1990).

No Estado da Bahia, entretanto, a Lei nº 3.956 de 11 de dezembro de 1981 (Código Tributário do Estado da Bahia), somente prevê a isenção das custas processuais para as pessoas contempladas com o benefício da Justiça gratuita.

Art. 86 - São isentos:

III - da taxa de prestação de serviços na área do Poder Judiciário:

a) a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios;

b) os partidos políticos e as instituições de assistência social e de educação, observadas as exigências regulamentares;

c) as pessoas contempladas com o benefício da justiça gratuita;

d) o Ministério Público;

e) os processo de “habeas corpus”e da ação popular. (BRASIL, 1981).

Do mesmo modo, o Regimento Interno do Tribunal de Justiça:

Art. 153 - Independem de preparo:

(...)

VII - os processos em que o autor ou o recorrente goze do benefício da assistência judiciária ;(BRASIL, 2008)

Pois bem. Como se vê, no Estado da Bahia não está prevista a isenção das custas processuais sobre processos criminais de qualquer espécie, como também não é isento o réu pobre, em processos criminais, que em determinados Estados presume-se como aquele que não tem defensor constituído. Há sim a previsão de isenção do pagamento das custas processuais

as pessoas contempladas com o benefício da justiça gratuita.

Essa isenção está prevista também no texto da Carta Magna, em seu art. 5º, LXXIV, aduzindo que “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos” (BRASIL, 2009, p.10), bem assim na Lei nº 1060/50, que estabelece normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados (BRASIL, 2009, p. 1158).

É importante ressaltar que o benefício da assistência judiciária gratuita difere do direito à defesa técnica criminal, visto que a primeira é restrita aos necessitados e a segunda é assegurada a todos os acusados.

No processo criminal, conforme dispõe o Art. 263, do Código de Processo Penal (BRASIL, 2004, p.509, “a”) e em homenagem ao princípio constitucional da ampla defesa previsto no Art. 5º, LV, da Constituição Federal, se o acusado não tiver advogado para patrocinar a sua defesa, há de ser nomeado pelo Juiz um defensor para lhe defender, o qual se chamará defensor dativo (BRASIL, 2009, p. 10).

A nomeação do defensor dativo independe da situação econômica do acusado, pois tem como pressuposto, apenas, a não constituição de procurador. O parágrafo único do Art. 263, Código de Processo Penal é claro nesse sentido quando diz que “o acusado que não for pobre, será obrigado a pagar os honorários do defensor dativo, arbitrados pelo Juiz”. (BRASIL, 2004, p.509, “b”).

É dizer, a pobreza do acusado não é presumida se este for preso e não constituir defensor. O benefício da assistência judiciária gratuita deverá ser requerido pelo acusado necessitado.

Há quem defenda que uma vez concedida a assistência judiciária, o beneficiário ficará isento do pagamento das custas do processo, pois, no âmbito estadual, a Lei nº 3.956 de 11 de dezembro de 1981 (BRASIL, 1981) determina serem isentos de seu pagamento os beneficiários da assistência judiciária, afastando, assim, a mera suspensão da exigibilidade do pagamento, prevista na Lei 1.060/50, já que há regulamentação específica para o Estado da Bahia.

Porém, diverso é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, que, de acordo com sua Jurisprudência, aduz que ainda que beneficiário da justiça gratuita, o réu deverá ser condenado ao pagamento das custas processuais. Confira os arestos abaixo:

(...) o réu, ainda que beneficiário da assistência judiciária gratuita, deve ser condenado ao pagamento das custas processuais nos termos do art. 804 do Código de Processo Penal, ficando, contudo, seu pagamento sobrestado, enquanto perdurar seu estado de pobreza, pelo prazo de cinco anos, quando então a obrigação estará prescrita, conforme determina o art. 12 da Lei nº 1.060/50 (STJ, Resp 457.346, MG 2002/0106758-5, RELATOR MINISTRO ARNALDO ESTEVES LIMA, 2006).

Recurso Especial - Acórdão que isenta das custas processuais, condenado defendido pela assistência judiciária – Ministério Público que alega infringência ao art. 804 do CPP - questão a ser decidida no juízo da execução e não no de conhecimento.

1. A isenção do condenado, defendido pela assistência judiciária, deve ser apreciada na execução do julgado e não na fase de conhecimento.
2. determinando o art. 804 do CPP, a condenação do vencido ao pagamento das custas, a tal condição igualmente fica sujeito o beneficiário da justiça gratuita, do que se livrara enquanto persistir o seu estado de pobreza no sentido jurídico.
3. recurso conhecido e provido. (STJ, REsp 80757/DF, 1995/0062180-0, Relator Ministro ANSELMO SANTIAGO, 1998).

Assim, caso se entenda que o beneficiário da assistência judiciária gratuita deve ser condenado ao pagamento das custas processuais, é importante que se faça constar na sentença o diferimento do pagamento por um determinado lapso temporal, dentro do qual, no juízo da execução, serão verificadas as condições econômicas do réu, ou seja, o seu pagamento ficará sobrestado enquanto perdurar o seu estado de pobreza. Se dentro de cinco anos, a contar da sentença final, o beneficiário não puder satisfazer tal pagamento, a obrigação ficará prescrita.

De todo modo, a prescrição das custas do processo se dá em cinco anos após o trânsito em julgado da sentença que condenou o réu ao pagamento das custas, uma vez que se trata de um crédito tributário, e, como tal, submete-se a previsão contida no Art. 174, do Código Tributário Nacional.

Quanto a arrecadação das custas processuais carece dizer que não há regras claras quanto a sua cobrança em processos criminais, principalmente em relação a ação penal pública.

A orientação contida no Ofício Circular CTL/COFIS nº 671/2009, oriundo da Coordenação de Fiscalização da Controladoria do Judiciário - CTL, órgão que tem competência para orientar e esclarecer os Ofícios e Serventias da Justiça nos procedimentos e cumprimento das normas relativas à arrecadação se limita a esclarecer o procedimento para o prévio recolhimento das custas nas ações penais privadas (intentadas mediante queixa) (SALVADOR, 2010).

Esclarece o referido ofício que a apuração dessas custas devem ser com aplicação do item VI da Tabela I, devendo ser cobrada também as custas complementares, inclusive as condenatórias. Como custas complementares entende-se aquelas devidas sobre os atos praticados no curso do processo, como por exemplo, despesas com Oficial de Justiça, isto é, citações, intimações, notificações, entregas de ofícios, etc.

Portanto, não havendo orientação precisa a respeito da cobrança das custas em ação penal pública, e, tendo em vista que o item VI da Tabela I refere-se a processos criminais, chega-se a conclusão que a única diferença para a cobrança das custas do processo em ação penal privada e a pública é em relação ao momento, ou seja, o recolhimento das custas em ação penal privada deve ser antecipado e em ação penal pública será após o trânsito em julgado da sentença.

Outro fator que merece destaque é o procedimento atribuído a inadimplência.

Após a notificação do réu para o pagamento das custas, no prazo determinado pelo Magistrado, e, não havendo o pagamento espontâneo, o Escrivão deverá certificar o não pagamento das custas e verificar se o processo contém todos os dados necessários para que a Fazenda Estadual efetue o lançamento e a inscrição em dívida ativa.

Conforme a orientação da Coordenação de Fiscalização da Controladoria do Judiciário – CTL (SALVADOR, 2010), caso o processo atenda a todos os requisitos exigidos, deverá ser encaminhado àquele Órgão, para as devidas providências, a documentação completa do devedor, na qual deverá constar o nome e endereço completo deste, o número do CPF e cópias da sentença, da certidão do trânsito em julgado, da intimação para a cobrança das custas e a certidão do não pagamento, bem como o cálculo do tributo atualizado.

Acaso não haja nos autos o nome ou endereço completo do devedor e número de CPF, bem assim, considerando o que dispõe o Art. 119-C da Lei Estadual nº 3.956/81, se o valor do tributo for igual ou inferior a quantia de R\$ 200,00 (duzentos reais) não haverá necessidade de encaminhar a documentação para a inscrição em dívida ativa, devendo os autos serem arquivados sem tal providência (BRASIL, 1981).

Importante ressaltar nesse momento que, na maioria das vezes, a ação penal é baseada em inquérito policial e que raramente esse vem instruído com o número do CPF do réu. Por outro lado, dificilmente o valor total das custas do processo excederá a quantia de R\$ 200,00

(duzentos reais), levando-se em consideração que o valor a ser cobrado em processos criminais e nos atos praticados por oficiais de justiça (citações, intimações, notificações, entregas de ofícios) é atualmente R\$ 26,30 (vinte e seis reais e trinta centavos).

Por fim, resta saber se as custas do processo em ação penal se dá nos próprios autos do processo de conhecimento ou em autos apartados.

É sabido que no processo civil as custas devem ser cobradas nos próprios autos de conhecimento só podendo estes serem baixados e arquivados após o escrivão certificar que as custas foram integralmente pagas ou o motivo do seu não recolhimento.

No que pertine a ação penal, após o estudo realizado, pode-se inferir que as custas deverão ser cobradas nos autos formados, em apartado, para o processamento da execução de todas as penas impostas ao réu (PEP).

É que o § 7º, do Art. 5º, do Provimento nº CGJ 07/2010 determina que os autos da ação penal serão baixados e arquivados logo após a expedição da Guia de Recolhimento e o § 1º, do Art. 6º, do mesmo Provimento determina que para cada réu condenado, formar-se-á um Processo de Execução Penal, individual e indivisível, reunindo todas as condenações que lhe forem impostas (SALVADOR, 2007).

E para reforçar esse entendimento é importante citar que há várias decisões dos nossos Tribunais não conhecendo de pedidos de isenção de custas processuais por se tratar de matéria afeta ao Juízo da Execução.

(...)ISENÇÃO DAS CUSTAS PROCESSUAIS. NÃO-CONHECIMENTO. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DA EXECUÇÃO (...)

4. Cabe ao Juízo da Execução verificar a real situação do réu e fazer a isenção ou não das custas processuais. (TJPR - 2ª Câmara Criminal, Apelação Criminal 473925-3, Rel. Noeval de Quadros, 2008).

TJRJ. Custas processuais. Condenação. Sucumbência. Isenção das custas. Matéria a ser debatida no Juízo da execução penal. CPP, art. 804. Lei 1.060/50, art. 12. Não cabe pleitear a exclusão da condenação do réu nas custas processuais no processo de conhecimento por decorrer ela do fenômeno da sucumbência expressamente regrado no art. 804 do CPP, devendo a matéria ser agitada no Juízo da Execução, em face do que dispõe o art. 12 da Lei 1.060/50. (...) (LEG JUR ..., 2010).

De mais a mais, é bom lembrar que a execução da sentença condenatória proferida por juízes das varas criminais onde não existam estabelecimentos prisionais será feita pelo Juízo da Execução Penal, cujos autos do Processo de Execução Penal reunirão também a condenação do réu ao pagamento das custas do processo.

3 - Do Arquivamento da Ação Penal

Após certificar o trânsito em julgado da decisão condenatória prolatada em ação penal pública e expedida a Guia de Execução Penal, deverá ser expedido ofícios ao TRE para os fins do artigo 15, inciso III, da Constituição Federal (suspensão dos direitos políticos), remeter o boletim individual ao CEDEP (Centro de Documentação e Estatística Policial) e lançar o nome do réu no rol dos culpados (art. 1º, inciso XIX, do Provimento nº CGJ nº 10/2008) (SALVADOR, 2008).

Feito isso, conforme previsão no § 7º, do Art. 5º, do Provimento nº CGJ 07/2010, os autos da ação penal serão baixados e arquivados no sistema eletrônico de acompanhamento processual, com a observação “arquivamento em virtude da expedição de guia definitiva de execução”.(SALVADOR, 2010).

Assim, extrai-se do presente estudo que os autos da ação penal deverão ser baixados independentemente da cobrança da pena de multa e das custas do processo, tendo em vista que o procedimento relativo a execução destas se processarão nos autos do Processo de Execução Penal (PEP) que foi formado para a execução de todas as condenações que foram impostas ao réu condenado e ali reunidas.

Considerações Finais

A pena de multa é uma das espécies de sanções previstas no Art. 32, do Código Penal e quando imposta em sentença penal condenatória estabelece para o condenado a obrigação de pagar determinada quantia, em dinheiro, ao Fundo Penitenciário Nacional. FUNPEN.

O Pagamento do valor referente a multa deverá ser efetuado após o trânsito em julgado definitivo da sentença que a impôs, sujeitando-se o seu valor a atualização pelos índices da correção monetária, a partir da data do fato, sendo necessário, caso não o faça de logo, a notificação do réu para pagá-la no prazo de dez dias.

Não havendo o adimplemento da obrigação, a multa será considerada dívida de valor, aplicando-se-lhe as normas da legislação relativa à dívida ativa da Fazenda Pública, devendo ser para ali encaminhada toda a documentação necessária para a inscrição da multa como dívida ativa.

Apesar da divergência Jurisprudencial a respeito do tema, é majoritário o entendimento de que compete a Fazenda Pública, perante a Vara de Execuções Fiscais, a execução da pena de multa.

De outro canto, a execução da pena de multa quando imposta cumulativamente com pena privativa de liberdade a ser cumprida em regime semi-aberto ou fechado, em sentenças condenatórias proferidas por juízes das varas criminais onde não existam estabelecimentos prisionais, será feita pelo Juízo da Execução Penal.

Assim como a execução da pena de multa, a cobrança das custas processuais na seara criminal também tem sido alvo de vários questionamentos pelos Serventuários da Justiça e demais pessoas que militam nas lides forenses.

A arrecadação das custas processuais é devida na prestação de serviços públicos de natureza forense e devem ser recolhidas previamente em relação às ações penais privadas.

Contudo, em relação à ação penal pública a sua cobrança só se dá após o trânsito em julgado da decisão que põe fim ao processo ou ao incidente, tendo em vista o princípio constitucional da presunção da inocência, ampla defesa e devido processo legal.

No Estado da Bahia é prevista a isenção das custas processuais para as pessoas contempladas com o benefício da Justiça gratuita, conforme também estatuído no texto da Carta Magna, em seu art. 5º, LXXIV.

É importante destacar que a isenção referente ao benefício da assistência judiciária gratuita difere do direito à defesa técnica criminal, visto que a primeira é restrita aos necessitados e a segunda é assegurada a todos os acusados, que no processo criminal, gozam da garantia constitucional da ampla defesa prevista no Art. 5º, LV, da Constituição Federal.

Nesse diapasão, a nomeação de defensor ao réu independe da situação econômica deste. Por isso, nada impede a sua condenação nas custas do processo, devendo, caso seja este necessitado, requerer o benefício da assistência judiciária gratuita.

Uma vez concedida a assistência judiciária, o réu ficará isento do pagamento das custas do processo por um determinado lapso temporal, dentro no qual, no juízo da execução, serão verificadas as condições econômicas do réu, e, se dentro de cinco anos, a contar da sentença final, o beneficiário não puder satisfazer tal pagamento, a obrigação ficará prescrita.

De qualquer forma, a prescrição das custas do processo se dá em cinco anos após o trânsito em julgado da sentença que condenou o réu ao pagamento das custas, uma vez que se trata de um crédito tributário.

Quanto a arrecadação das custas processuais devem ser estas apuradas com a aplicação do item VI da Tabela I, do Decreto nº 11.877/09, devendo ser cobradas também as custas complementares, inclusive as condenatórias, tanto em relação a ação penal privada quanto em relação a ação penal pública, cuja única diferença de procedimentos se dá em relação ao momento, ou seja, o recolhimento das custas em ação penal privada deve ser antecipado e em ação penal pública será após o trânsito em julgado da sentença.

Em caso de não pagamento das custas processuais deverá ser encaminhada a Coordenação de Fiscalização da Controladoria do Judiciário – CTL a documentação necessária para que o crédito tributário seja inscrito na dívida ativa.

Ressalte-se que a cobrança das custas processuais em ação penal se dá nos autos formados, em apartado, para o processamento da execução de todas as condenações impostas ao réu (PEP), mesmo porque, tão-logo expedida a Guia de Recolhimento definitiva, os autos da ação de conhecimento deverão ser baixados e arquivados.

Isto posto, conclui-se que após as anotações e comunicações necessárias relacionadas no art. 1º, inciso XIX, do Provimento nº CGJ nº 10/2008 e expedição da Guia de Recolhimento definitiva, os autos da ação penal deverão ser baixados e arquivados independentemente da cobrança da pena de multa e das custas do processo, uma vez que estas serão processadas nos autos do Processo de Execução Penal (PEP).

Finalmente, espera-se que o presente estudo tenha auxiliado na compreensão dos institutos da pena de multa e custas do processo, bem assim que possa contribuir com a redução do número de processos ativos no Judiciário Baiano, tendo em vista a enorme quantidade de processos já julgados, porém não baixados por falta de orientação específica a respeito da execução da pena de multa e da cobrança das custas do processo.

Nesta oportunidade, ressalta-se ainda que seria de suma importância a elaboração de um manual que orientasse com mais clareza e especificidade a arrecadação de valores no âmbito criminal, notadamente em relação a pedidos incidentais, cujos procedimentos tem sua cobrança questionada.

Referências

BAHIA. Tribunal de Justiça, Coordenação de Fiscalização da Controladoria do Judiciário, Ofício Circular CTL/COFIS Nº 671/2009, Orientações às Serventias, 2010.

BAHIA. Tribunal de Justiça, Manual de Apuração e Cobrança de Custas Cartorárias. Supervisão de Fiscalização SUFIS/ Gerência Financeira e de Arrecadação – GFA Salvador: Gerência de Impressão e Publicação. 2009. Disponível

ENTRE ASPAS

em: <www.tj.ba.gov.br/.../manual_de_apuracao_e_cobranca_de_custas.pdf - Similares>. Acesso em 28.novembro.2010.

BAHIA. Tribunal de Justiça. Provimento nº CGJ- 07/2010. Disponível em: <<http://www.tjba.jus.br/corregedoria/pagina.wsp?tmp.id=11>> acesso em 19.novembro.2010.

BAHIA. Tribunal de Justiça. Provimento nº CGJ- 10/2008. Disponível em: <<http://www.tjba.jus.br/corregedoria/pagina.wsp?tmp.id=11>> acesso em 19.novembro.2010.

BAHIA. Tribunal de Justiça. Regimento Interno do Tribunal de Justiça. 2008. Disponível em: <http://www.tjba.jus.br>. Acesso em 17.novembro.2010.

BRASIL. Código Penal (1940). In: TOLEDO, Antônio Luiz de; WINDT, Márcia Cristina Vaz dos Santos; CÉSPEDES, Livia. Vade Mecum. 7. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Código Tributário Nacional (1966). In: TOLEDO, Antônio Luiz de; WINDT, Márcia Cristina Vaz dos Santos; CÉSPEDES, Livia. Código Tributário Nacional e Constituição Federal. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988). In: TOLEDO, Antônio Luiz de; WINDT, Márcia Cristina Vaz dos Santos; CÉSPEDES, Livia. Vade Mecum. 7. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Decreto nº 11.877, 09 de dezembro de 2009: Ficam ajustados, de acordo com o disposto no art. 88-A da Lei Estadual nº 3.956, de 11 de dezembro de 1981, os valores das custas previstas no Anexo II da Lei Estadual nº 7.753, de 13 de dezembro de 2000, conforme tabela constante do Anexo Único deste Decreto. Disponível em <[http://www2.casacivil.ba.gov.br/nxt/gateway.dll/legsegov/decnum/decnum2009/decnum2009dez/decn200911877.xml?fn=document-frame.htm\\$f=templates\\$3.0](http://www2.casacivil.ba.gov.br/nxt/gateway.dll/legsegov/decnum/decnum2009/decnum2009dez/decn200911877.xml?fn=document-frame.htm$f=templates$3.0)>. Acesso em 20.novembro.2010.

BRASIL. Lei nº 3.956 de 11 de dezembro de 1981: Institui o Código Tributário do Estado da Bahia. Diário Oficial do Estado. Salvador: 1981. Disponível em <http://www.mp.ba.gov.br/atuacao/ceama/material/legislacoes/residuos/lei_3956_1981.pdf>. Acesso em 20.novembro.2010.

BRASIL. Lei nº 7.603, de 27 de dezembro de 2001. Fixa o valor das custas, despesas e emolumentos relativos aos atos praticados no Foro Judicial, institui o selo de autenticação e dá outras providências. Diário Oficial do Estado. Mato Grosso: 2001. Disponível em: <<http://www.al.mt.gov.br/v2008/Raiz%20Estrutura/Leis/admin/ssl/ViewPrincipal2.asp?page=17603.htm>>

BRASIL. Lei nº 1.060, de 5 de fevereiro de 1950. Estabelece normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados. Diário Oficial do Estado. Salvador: 1950. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/LEIS/L1060.htm>>. Acesso em 28.novembro.2010.

BRASIL. Lei nº 301, de 21 de dezembro de 1990. Institui o Regimento de Custas, amplia o acesso à justiça, dispõe sobre a despesa forense, e dá outras providências. Diário Oficial do Estado. Rondônia: 1990. Disponível em: <http://www.tj.ro.gov.br/admweb/faces/jsp/exibePagina.jsp;jsessionid=ac13022130d7642d098fa7f94531b213f8aba72acc63.e3iRb3eTc310ah0Rbi0>. Acesso em 18.novembro.2010.

CNJ - Procedimento de Controle Administrativo N.º 0002497- 02.2009.2.00.0000 - RELATOR: CONSELHEIRO FELIPE LOCKE CAVALCANTI – disponível no site <http://www.conjur.com.br/dl/procedimento-controle->

administrativo.pdf - acesso em 20.novembro.2010.

DELMANTO, Celso; DELMANTO, Roberto; DELMANTO JÚNIOR, Roberto; DELMANTO, Fábio M. de A. Código Penal Comentado. 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

LEG JUR– Legislação, Jurisprudência e Súmulas – disponível em: <<http://www.legjur.com/jurisprudencia/ementa.php?co2=BOL309026670>>; 2010. Acesso em 20.novembro.2010.

MIRABETE, Júlio Fabrini; FABRINI, Renato N. Código Penal Interpretado. 6. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza Nucci. Código Penal Comentado. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

STJ – Conflito de Atribuição nº 107 - PB (2000/0116211-0). Relatora Ministra LAURITA VAZ . Primeira Seção. 2001. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200001162110&dt_publicacao=19/12/2002>. Acesso em 20.novembro.2010.

STJ CC 29.545/RJ, 3a Seção, Rel. Min. Fernando Gonçalves, 2000. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200000409880&dt_publicacao=27/11/2000>. Acesso em 20.novembro.2010.

STJ, CC 29.520/RJ, 3a Seção, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, 2000. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200000404276&dt_publicacao=27/11/2000>. Acesso em 20.novembro.2010.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil. Volume I. 51. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

CONFLITO ENTRE A LIBERDADE DE INFORMAÇÃO E O DIREITO À IMAGEM DOS ACUSADOS MEDIANTE A UTILIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PONDERAÇÃO PRÁTICA E DA PROPORCIONALIDADE

Carla Miranda Guimarães Oliveira

Analista judiciária do TJ/BA. Especialista em Direito do Estado. Pós-graduanda em Ciências Criminais. Doutoranda em Ciências Jurídicas e Sociais. Professora de Teoria Geral do Processo e Direito Processual Penal.

Resumo: O presente artigo tem como objetivo analisar os princípios constitucionais da liberdade de informação e do direito à imagem, quando o limite daquela garantia é transposto de forma a atingir a vida privada do cidadão, consubstanciada no seu direito à imagem. Será demonstrado aqui como é fundamental que os meios de comunicação sejam livres para expor falcaturas, para denunciar e para revelar a ocorrência de fatos que atingem a vida em sociedade, já que, mais do que nunca garantir a liberdade de informação é garantir que não se amordace a sociedade. Mas, percebe-se, que a pretexto de informar, a imprensa submete os investigados a verdadeiro julgamento popular, cujas consequências desastrosas, são geralmente irreparáveis, já que, marcados perante a opinião pública como criminosos, pouco importa a garantia constitucional do estado de inocência: estão irremediavelmente presos àquela imagem, que é mais forte do que qualquer presunção de inocência. Sejam absolvidos ou condenados pela justiça, já foram sumariamente condenados pelo público. Embora não se deva censurar a imprensa, é necessário que seu exercício se paute pela observância de regras de respeito à pessoa, sejam elas célebres ou anônimas. Se a liberdade de informação é uma garantia constitucional, de igual forma é o direito de imagem de modo que não se pode conceber uma imprensa livre e independente se não for possível a convivência harmoniosa de seu exercício e do respeito às garantias fundamentais do ser humano.

Palavras-Chave: Liberdade de imprensa. Direito à imagem. Princípio da proporcionalidade.

1. Introdução

No Brasil, tivemos momentos tumultuados de lutas, nas quais a história nos mostra os abusos, as atrocidades e de como foi difícil o reconhecimento das liberdades públicas. Foi com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que os direitos e garantias individuais foram concebidos de forma bastante clara.

Nessa concepção, destacam-se a Liberdade de Imprensa concebida nos artigos 5º, IX e 220 § 1º e o Direito à Imagem no artigo 5º, inciso X da Constituição Federal, in verbis:

IV – é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;
V – é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independente de censura ou licença;

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

Art. 220 - A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

§ 1º - Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no artigo 5º, IV, V, X, XIII e XIV.

Ocorre que, apesar destas liberdades estarem tuteladas e declaradas na Carta Constitucional, o que se observa é a violação constante da liberdade de imprensa no espaço atribuído ao direito à imagem. E daí, perguntamos a razão dessa violação, desses abusos frequentes, como se o direito à imagem não existisse.

Sendo assim, o objetivo deste trabalho não é fornecer interpretação para as regras legais ou constitucionais, mas sim aprofundar a discussão em torno delas, expondo a visão que possuímos sobre o exercício da atividade de imprensa com liberdade e responsabilidade, com respeito à pessoa e à sua imagem, sempre em busca por instrumentos, por soluções que garantam a coexistência dos dois princípios constitucionais, sem que haja supremacia e sem que haja o predomínio absoluto de um sobre o outro.

2. Direito à Imagem

2.1. Origem e Breves Antecedentes Históricos

O direito à imagem só foi reconhecido pela lei e pela doutrina há bem pouco tempo. Até a metade do presente século, negava-se sua existência, embora a jurisprudência francesa tenha registrado a primeira decisão ainda no século XIX (SANTA MARIA, 1994).

Há quem afirme que, na antiga Grécia, Platão já proclamava a sua existência, pela definição do indivíduo no meio social, apregoando maiores sanções para o desrespeito ao direito à imagem; consideram, ainda, que o monarca Dom João III, ao condenar a deformação fisionômica, afirmava, no ano de 1523, que na imagem existe o que de melhor tem a pessoa humana (SANTA MARIA, 1994).

Na primeira metade do século XIX, que o tema adquiriu extrema importância, com a descoberta da fotografia.

Em 1858, precursor de jurisprudência, foi uma decisão proferida pelo Tribunal de Seine, envolvendo uma atriz francesa que se chamava Rachel, que foi declarada ilícita a reprodução de desenhos feitos a partir das fotografias feitas dela em seu leito de morte, alegando que ninguém pode sem o consentimento formal da família, reproduzir a imagem de uma pessoa em seu leito de morte, mesmo sendo uma pessoa célebre (BERTI, 1993).

Em seguida, houve vários trabalhos relacionados ao tema, só que o direito à imagem ainda não tinha alcançado sua autonomia.

Somente em janeiro de 1907, veio a previsão legal, consubstanciada no art. 22 de uma lei alemã, igualmente regulamentado no art. 10 do Código Civil Italiano.

Em novembro de 1966, alguns anos depois, surgiu o Código Civil Português, que: “[...] proibiu a exposição e a reprodução não consentidas para fins de exploração comercial abusiva, mesmo princípio seguido pela lei mexicana de dezembro de 1965 e pela lei iugoslava de 1957” (BONJARDIM, 2002, p. 20).

Hodiernamente, segundo Bonjardim (2002, p. 20), “a regra do direito exclusivo à própria imagem se generalizou nas legislações do mundo, inserida nas leis de direito autoral, quando não nos próprios códigos civis”.

Ato contínuo, o texto Constitucional atual previu de forma expressa e efetiva o direito à imagem, cuidando de forma distinta de cada um dos direitos da personalidade: intimidade, honra, vida privada e imagem. Tais direitos foram contemplados no Título II, Dos direitos e garantias constitucionais, assim, três incisos do artigo 5º garantem os direitos fundamentais:

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

[...]

V – é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

[...]

X – São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

XXVIII – São assegurados, nos termos da lei:

a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades esportivas.

Assim, Walter Moraes (1977, p. 742), definiu imagem como “toda sorte de representação de uma pessoa”. Dessa forma, compreende-se imagem não apenas como o semblante da pessoa, mas também partes distintas de seu corpo.

Em análise bastante original, afirma, logo de início, que “toda expressão formal e sensível da personalidade de um homem é imagem para o Direito” (MORAES, 1977, p. 64). Ou seja, o conceito deve englobar não só o aspecto físico, mas também exteriorizações da personalidade de um indivíduo. E que:

Não há como negar o valor especificamente individualizador da imagem da pessoa no conjunto dos sinais que a distinguem dos demais. A aparência exterior, ou a forma corporal do homem é, aliás, o primeiro e mais relevante dado da identidade de qualquer indivíduo (MORAES, 1977, p. 72).

Por fim, faz-se necessário registrar o posicionamento de Alessandro Savini (1990 apud

BERTI, 1993), que propugna pela existência de dois conteúdos do direito à imagem: um positivo, outro negativo. O primeiro se consubstancia no direito de aparecer se e quando quiser. Já o negativo corresponde à faculdade de impedir a divulgação de sua imagem, surgindo à necessidade do consentimento, sem o qual o titular da imagem não pode fazer valer o seu direito.

3. Liberdade de Informação

A nossa Constituição Federal de 1988 explicitou a liberdade de informação no art. 5º, incisos IV (liberdade de pensamento); V (direito de resposta); IX (liberdade de expressão) e XIV (acesso à informação) e no art. 220, § 1º (liberdade de informação propriamente dita).

As disposições normativas são:

Art. 5º, IV – é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

Art. 5º, V – é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

Art. 5º, IX – é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

Art. 5º, XIV – é assegurado a todos o acesso à informação e resguardo do sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;

Art. 220 – A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo, não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

Parág. 1º - nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art.5º, IV, V, X,XIII e XIV;

Parág. 2º - É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

“O direito à informação existe em função do desenvolvimento da personalidade e não para sua destruição”, segundo René Ariel Dotti (1980, p. 125). Assim, analisando o art. 5º, IV da CF, Jean François Revel, (1991 apud MORAES, 2003), faz importante distinção entre a liberdade de pensamento e o direito de informar, apontando que a primeira deve ser reconhecida inclusive aos mentirosos e loucos, enquanto o segundo, diferentemente, deve ser objetivo, proporcionando informação exata e séria.

Já a liberdade de expressão, consagrada sem nenhuma forma de censura, compreende a faculdade de expressar livremente idéias, pensamentos e opiniões, sem impedimentos nem discriminações.

Em seguida, de acordo com Alexandre de Moraes, extrai-se do art. 5º, XIV, que:

O direito de receber informações verdadeiras é um direito de liberdade e caracteriza-se essencialmente por estar dirigido a todos os cidadãos, independentemente de raça, credo ou convicção político-filosófica, com a finalidade de fornecimento de subsídios para a formação de convicções relativas a assuntos públicos (MORAES, 2003, p. 252).

Ato contínuo, a regra inserta no art. 220, § 1º da Carta Magna previu o respeito à privacidade do indivíduo como uma das limitações à liberdade de informação, isto é, de uma parte, há a liberdade de informação; por outra, o interesse que toda pessoa tem de salvaguardar sua intimidade, o segredo de sua vida privada.

Assim, a manifestação do pensamento, a criação, a expressão, a informação e a livre divulgação dos fatos devem ser interpretadas em conjunto com a inviolabilidade à honra e à vida privada (CF, art. 5, X), bem como com a proteção à imagem, sob pena de responsabilização do agente divulgador por danos materiais e morais (art.5, V e X), como já explicitado anteriormente.

4. Princípios Constitucionais e Sistema Jurídico

Hodiernamente, há um novo paradigma teórico, designado de “pós-positivismo” ou, por uma expressão mais apropriada, de “novo constitucionalismo”, que visa afastar as idéias centrais do positivismo jurídico de Hans Kelsen¹.

No novo constitucionalismo, os princípios jurídicos passam a ter a condição de verdadeiras espécies normativas. Reforçam a idéia de ordem e unidade sistemática, sendo a base lógica e axiológica de todo o ordenamento, relacionando o Direito e a moral.

A principal função dos princípios constitucionais é integrar o Direito com as questões práticas, tentando resolver as questões das lacunas do sistema jurídico baseado em regras. Isto exige uma teoria capaz de indicar qual dos princípios, explícitos ou implícitos, reconhecidos pelo sistema jurídico, deve ser aplicado a determinado caso concreto, sem prejuízo da segurança jurídico-política e social.

Cabe ressaltar novamente que o direito de informar não é absoluto, sendo restringido, conforme ressaltou Celso Bastos:

Nada obstante o caráter absoluto do dispositivo sob comento, é forçoso admitir que ao Estado é sempre lícito exercer um controle sobre a expressão da atividade intelectual, artística, etc, sobretudo quando feita por intermédio dos meios de comunicação de massa. Toda a sociedade tem que defender padrões mínimos de moralidade, e o Estado, quer diretamente, quer por delegação, tem de exercer esse mister.

O que se pode admitir é que por meras razões de moralidade uma obra não venha a ser terminantemente proibida, mas é inegável que cabe ao Estado o designar o local onde se pode dar a sua comunicação, assim como as cautelas que o devem cercá-la.

Outrossim, há que se pensar nas hipóteses em que o exercício da liberdade de pensamento acaba por ferir outros direitos constitucionalmente assegurados. Um filme concitador à prática do racismo deve ter a sua exibição proibida. É evidente que não bastará a punição penal dos próprios responsáveis (BASTOS, 1989, p. 60).

Assim a interpretação de qualquer texto de direito impõe ao intérprete, em qualquer circunstância, o caminhar pelo percurso que se projeta a partir dele – do texto – até a Constituição. Um texto de direito isolado, destacado, desprendido do sistema jurídico, não expressa significado normativo algum.

É sabido, atualmente, que os princípios assumem uma posição hegemônica na pirâmide normativa. Conforme averbou Celso Antônio Bandeira de Mello, em lição lapidar:

Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico [...].

Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais [...] (MELLO, 2007, p.56)

Ainda, como já dizia Canotilho:

Consideram-se princípios jurídicos fundamentais os princípios historicamente objectivados e progressivamente introduzidos na consciência jurídica e que encontram uma recepção expressa ou implícita no texto constitucional. Pertencem à ordem jurídica positiva e constituem um importante fundamento para a interpretação, integração, conhecimento e aplicação do direito positivo. Mais rigorosamente, dir-se-á, em primeiro lugar, que os princípios têm uma função negativa particularmente relevante nos casos limites (Estado de Direito e de Não Direito, Estado Democrático e ditadura). A função negativa dos princípios é ainda importante noutros casos onde não está em causa a negação do Estado de Direito e da legalidade democrática, mas emerge com perigo o ‘excesso de poder’. Isso acontece, por ex., com o princípio da proibição do excesso (CANOTILHO, 1995, p. 171).

Isto posto, princípios são normas que exigem a realização de algo, da melhor forma possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas. Os princípios não proibem, permitem ou exigem algo em termos de tudo ou nada; impõem a otimização de um direito ou de um bem jurídico, tendo em conta a reserva do possível, fática ou jurídica (CANOTILHO, 1995).

O fato de a constituição conter um sistema aberto de princípios possibilita a existência de fenômenos de tensão entre os vários princípios estruturantes, apesar de serem entendidos de forma harmônica, conforme averbou Canotilho (1995).

Foi à jurisprudência que deu vida aos princípios, aprimorou sua fisionomia, fê-lo crescer. À legislação coube acolhê-lo, consagrá-lo em seus textos e dar-lhe destaque no contexto jurídico.

Em um trabalho que parece não ter fim, a jurisprudência vem ao longo do tempo suprimindo as lacunas e deficiências do ordenamento jurídico.

De um modo geral, considera-se existir uma colisão de direitos fundamentais quando o exercício de um direito fundamental por parte do seu titular colide com o exercício do direito

fundamental por parte de outro titular. Aqui não estamos perante um cruzamento ou acumulação de direitos (como na concorrência de direitos), mas perante um choque, um autêntico conflito de direitos (CANOTILHO, 1995).

Continua a dizer o autor que “a articulação de princípios e regras, de diferentes tipos e características, iluminará a compreensão da constituição como um sistema interno assente em princípios estruturantes fundamentais [...]” (CANOTILHO, 1995, p. 180).

Ainda, vale ressaltar, que a resolução das colisões entre princípios constitucionais passa pela máxima da ponderação, ou seja, pela análise das máximas da razoabilidade e da proporcionalidade, que são verdadeiros cânones de interpretação, como se verá a seguir.

4.1. O Princípio da Proporcionalidade e a Colisão de Direitos Fundamentais

O princípio da proporcionalidade encontra-se dentre os princípios que ganha cada vez mais relevo, inclusive na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal vem utilizando as máximas da razoabilidade e da proporcionalidade, para ponderar as vantagens e desvantagens entre os bens jurídicos envolvidos em conflitos diante do caso concreto.

Na concepção de Barroso (2003, p. 334), “o princípio da razoabilidade é um mecanismo para controlar a discricionariedade legislativa e administrativa”. A proporcionalidade, contudo, abre ao Judiciário uma estratégia de ação construtiva para produzir o melhor resultado, ainda quando não seja o único possível.

Diz-se respeitado o princípio da proporcionalidade quando:

O meio empregado pelo legislador deve ser adequado e necessário para alcançar o objetivo procurado. O meio é adequado quando com seu auxílio se pode alcançar o resultado desejado; é necessário, quando o legislador não poderia ter escolhido outro meio, igualmente eficaz, mas que não limitasse ou limitasse de maneira menos sensível o direito fundamental (BONAVIDES, 2000 apud GEBRAN NETO, 2002, p. 113).

Analisando-o mais detidamente vislumbram-se duas funções distintas. Na primeira delas, o princípio da proporcionalidade configura instrumento de salvaguarda dos direitos fundamentais contra a ação limitativa que o Estado impõe a esses direitos. Sua aplicação tem por fim, ampliar o controle jurisdicional sobre a atividade do Estado, possibilitando a contenção do exercício abusivo das prerrogativas públicas.

Por outro lado, o princípio em estudo também cumpre a missão de funcionar como critério solucionador dos conflitos de direitos fundamentais, através de juízos comparativos de ponderação dos interesses envolvidos no caso concreto.

Esta função é ressaltada por Paulo Bonavides, in verbis:

Uma das aplicações mais proveitosas contidas potencialmente no princípio da proporcionalidade é aquela que o faz instrumento de interpretação toda vez que ocorre antagonismo entre direitos fundamentais e se busca daí solução conciliatória, para a qual o princípio é indubitavelmente apropriado. As cortes constitucionais europeias,

nomeadamente o Tribunal de Justiça da Comunidade Européia, já fizeram uso frequente do princípio para diminuir ou eliminar a colisão de tais direitos (BONAVIDES, 2000 apud GEBRAN NETO, 2002, p. 386).

Por fim, conforme conceituado por Sérvulo Correia apud Canotilho:

Quando se chegar à conclusão da necessidade e adequação do meio para alcançar determinado fim, mesmo neste caso deve perguntar-se se o resultado obtido com a intervenção é proporcional à carga coactiva da mesma. Meios e fim são colocados em equação mediante um juízo de ponderação, a fim de se avaliar se o meio utilizado é ou não desproporcionado em relação ao fim. Trata-se, pois, de uma questão de medida ou desmedida para se alcançar um fim: pesar as desvantagens dos meios em relação às vantagens do fim (CORREIA, 1991 apud CANOTILHO, 1995, p. 383-384).

Isto posto, a seguir será analisado o conflito entre a liberdade de informação e o direito à imagem dos acusados, mediante a utilização do princípio da ponderação prática em decorrência do princípio da proporcionalidade.

5. A Solução para os Conflitos Individuais com a Utilização do Princípio da Ponderação Prática

A liberdade de imprensa e o direito à imagem são direitos essenciais em um Estado Democrático de Direito, importantíssimos para uma existência digna dos cidadãos. Ambos, em cada uma de suas peculiaridades, prevalecem em determinado momento, mas o que acontece quando há efetivamente uma colisão desses direitos, ou seja, qual deve prevalecer em um mesmo momento, no caso em concreto?

É possível ao garantir um direito constante do catálogo dos direitos fundamentais (Título II, CF), legitimamente limitar o exercício de outro direito fundamental constante desse mesmo catálogo? A resposta a tal questão não parece fácil (CANOTILHO, 1995).

Como ensina Bobbio apud Vera Maria de Oliveira Nusdeo Lopes:

São bem poucos os direitos considerados fundamentais que não entram em concorrência com outros direitos também considerados fundamentais, e que, portanto, não imponham, em certas situações e em relação a determinadas categorias de sujeitos, uma opção. Não se pode afirmar um novo direito em favor de uma categoria de pessoas sem suprimir algum velho direito, do qual se beneficiavam outras categorias de pessoas. A dificuldade de escolha se resolve com a introdução dos limites à extensão de um dos dois direitos, de modo que seja em parte salvaguardando também o outro (BOBBIO, 1995 apud LOPES, 1997, p. 197).

E em outro trecho:

ENTRE ASPAS

Na maioria das situações em que está em causa um direito do homem, ao contrário, ocorre que dois direitos igualmente fundamentais se enfrentem, e não se pode proteger incondicionalmente um deles sem tornar o outro inoperante. Basta pensar, para ficarmos num exemplo, no direito à liberdade de expressão, por um lado, e no direito de não ser enganado, excitado, escandalizado, injuriado, difamado, vilipendiado por outro. Nesses casos, que são a maioria, deve-se falar de direitos fundamentais não absolutos, mas relativos, no sentido de que a tutela deles encontra, em certo ponto, um limite insuperável na tutela de um direito igualmente fundamental, mas concorrente (LOPES, 1997, p.198).

Cabe observar inicialmente que a Constituição não prevê de modo algum uma cláusula geral que possibilite a restrição ao exercício de direitos fundamentais. Por conta disso, toda e qualquer restrição há de ser prevista de forma expressa ou decorrer diretamente dos princípios e regras adotados pela Constituição, como bem já se salientou anteriormente.

Como bem explicou Canotilho:

Quando nos preceitos constitucionais se prevê expressamente a possibilidade de limitação dos direitos, liberdades e garantias através de lei, fala-se em direitos sujeitos a reserva de lei restritiva. Isto significa que a norma constitucional é simultaneamente: (1) uma norma de garantia, porque reconhece e garante um determinado âmbito de protecção ao direito fundamental; (2) uma norma de autorização de restrições, porque autoriza o legislador a estabelecer limites ao âmbito de protecção constitucionalmente garantido (CANOTILHO, 1995, p. 605).

Em ambos os casos, possibilidade expressa ou implícita de restrição, deve-se proceder à concordância prática dos direitos colidentes, viabilizando o sacrifício mínimo de ambos os direitos de modo a eliminar (ou pelo menos amenizar) o choque existente entre eles. Portanto, pode-se dizer que os bens jurídicos constitucionalmente assegurados devem ser coordenados de modo a que todos eles possam conservar sua identidade (BARROSO, 1996).

Conforme averbou Canotilho:

A pretensão de validade absoluta de certos princípios com sacrifícios de outros originaria a criação de princípios reciprocamente incompatíveis, com a conseqüente destruição da tendência unidade axio-lógico-normativa da lei fundamental. Daí o reconhecimento de momentos de tensão ou antagonismo entre os vários princípios e a necessidade, atrás exposta, de aceitar que os princípios não obedecem, em caso de conflito, a uma lógica do tudo ou nada, antes podem ser objeto de ponderação e concordância prática, consoante seu peso e as circunstâncias do caso (CANOTILHO, 1995, p. 190).

Tendo por base tal concordância prática dos direitos fundamentais como solução adequada a eliminar as tensões entre normas, deve o intérprete valer-se da chamada ponderação de bens ou valores jurídicos fundamentais expressos em normas constitucionais, através do

princípio da concordância prática, muito bem explicitado por Canotilho (1995, p. 228): “reduzido ao seu núcleo essencial, o princípio da concordância prática impõe a coordenação e combinação dos bens jurídicos em conflito de forma a evitar o sacrifício (total) de uns em relação aos outros”.

Isto posto, o próprio texto constitucional limitou o exercício de tal direito.

Numa outra cláusula constitucional, a possibilidade de restrição de direito fundamental ganha igual respaldo e legitimidade, conforme se depreende da leitura do artigo 1º, art. 220, do Texto Magno, segundo a qual “nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII, XIV”.

Ora, o próprio dispositivo previu expressamente uma reserva de lei restritiva, que admite a limitação do exercício da liberdade de expressão e de informação (art. 5º, IV, XIV, CF) para salvaguardar outros direitos fundamentais.

Por outro lado, a Constituição Federal de 1988, no art. 5º, inciso X, assegura a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, além da indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Ainda conceituando o direito à imagem, Ferraz Júnior (1993, p. 79) afirma que, “é o direito de não vê-la mercantilizada, usada, sem o seu exclusivo consentimento, em proveito de outros interesses que não os próprios”.

Ou, segundo Larenz, (1990 apud FERRAZ JÚNIOR, 1983, p. 79) “direito que compreende a faculdade de proibir a difusão ou exibição pública da própria imagem, quando a representada não tenha autorizado”.

No consenso da doutrina, o direito à imagem é inato, essencial, absoluto, indisponível, extrapatrimonial, intransmissível, imprescritível, “restringindo à pessoa do titular e manifestando-se desde o nascimento (C. Civil, art. 2º)” (BITTAR, 1989, p. 11).

Segundo ainda se depreende dos ensinamentos do próprio Alexandre de Moraes:

Os direitos fundamentais não podem ser utilizados como um verdadeiro escudo protetivo da prática de atividades ilícitas, nem tampouco como argumento para afastamento ou diminuição da responsabilidade civil ou penal por atos criminosos, sob pena de total consagração ao desrespeito a um verdadeiro Estado de Direito (MORAES, 2003, p. 169-170).

Sendo assim, tais direitos não são ilimitados, encontrando seus limites nos na própria Carta Magna, de acordo com o próprio autor, que continua a dizer:

Dessa forma, quando houver conflito entre dois ou mais direitos ou garantias fundamentais, o intérprete deve utilizar-se do princípio da concordância prática ou da harmonização, de forma a coordenar e combinar os bens jurídicos em conflito, evitando o sacrifício total de uns em relação aos outros, realizando uma redução proporcional do âmbito de alcance de cada qual, sempre em busca do verdadeiro significado da norma e da harmonia do texto constitucional com suas finalidades precípuas (MORAES, 2003, p. 170).

Assim, todos os indivíduos merecem que lhes sejam assegurados a proteção ao seu direito de imagem contra a exploração abusiva pela imprensa, assegurando-lhes resguardo

contra a exposição não desejada, evitando que à imprensa extrapole no exercício de seu legítimo direito de informar.

Então se por um lado, a imprensa precisa ser livre, porque sem liberdade ela não cumprirá sua missão, essa liberdade não pode permitir que o veículo de comunicação social agrida outros direitos atribuídos à pessoa (direito à inviolabilidade da honra, da vida privada e da imagem), mesmo porque nenhum direito é completamente absoluto.

Assim, a solução da colisão desses direitos deve ser examinada em cada caso concreto, levando-se em conta o princípio da proporcionalidade e da ponderação prática, conforme já exaustivamente explanado.

Em alguns casos de colisão, a realização de um dos direitos fundamentais em conflito é reciprocamente excludente do exercício do outro, ou seja, para que um direito seja preservado, faz-se necessário a exclusão, mesmo que seja parcial, de outro direito fundamental. Nesta hipótese, o princípio da proporcionalidade indica qual o direito que, na situação concreta, está ameaçado de sofrer a lesão mais grave caso venha a ceder ao exercício do outro, e, por isso, merece prevalecer, excluindo a realização deste.

Como bem averbou João Pedro Gebran Neto:

Os meios eleitos devem manter-se numa relação de razoabilidade com o resultado perseguido, ou seja, somente deve ser adotada a restrição no limite adequado e indispensável ao benefício que o resultado gera para a coletividade. Em suma, deve haver uma valoração e uma ponderação recíproca de todos os bens involucrados, tanto os que justificam o limite como os que são afetados por eles, os quais exigem sejam consideradas todas as circunstâncias relevantes do caso (GERBRAN NETO, 2002, p. 116-117).

Isto posto, compete ao titular do direito de imagem o consentimento no uso da imagem. Autorizada à utilização da imagem, não há o que se falar no direito à indenização que o texto constitucional menciona. É o consentimento, portanto, que torna a utilização devida e correta, para tanto, deve ser específico para que não haja o uso indevido.

Assim, se o retratado tiver notoriedade, é livre a utilização de sua imagem para fins informativos, que não tenham objetivos comerciais, e desde que não haja intromissão em sua vida privada. A limitação daí decorrente como bem afirma Silma Mendes Berti (1993, p. 56), apenas se justifica se obedecidos três requisitos, quais sejam, que se trate de pessoa popular, pública, notória; que a divulgação se limite a satisfazer a exigência pública da informação e que as imagens difundidas sem o consentimento do retratado não sejam relacionadas à sua vida estritamente privada.

Segundo a autora, é livre também a fixação da imagem realizada com objetivo cultural, porque a informação cultural prevalece sobre o indivíduo e sua imagem desde que respeitadas às finalidades da informação ou notícia.

Por conseguinte, cita também os casos de limitação relacionada à ordem pública, como a reprodução e difusão de um retrato falado por exigências da polícia. Obviamente, não teria lógica um suspeito de crime se opor a esta exposição de sua imagem.

Há ainda o caso, segundo a autora, do indivíduo retratado em cenário público, ou durante acontecimentos sociais, já que ao permanecer em lugar público, o indivíduo, implicitamente, aceitou ser visto, fotografado e autorizou, mesmo que implicitamente, a veiculação de sua imagem, só podendo alegar ofensa a seu direito à própria imagem se a utilização da fixação da imagem for de natureza comercial.

Isto posto, compreende-se que essas limitações fazem com que determinadas utilizações da imagem não sejam ilícitas, apesar de serem realizadas sem o consentimento do retratado.

Pode-se concluir, então, que com exceção dessas possibilidades, qualquer outro uso da imagem alheia sem autorização do titular constitui violação do direito à imagem, tendo-se por consequência a imposição de culpa indenizável.

Assim, o campo de interseção entre fatos de interesse público e vulneração de condutas pessoais é muito grande, quando se trata de personalidades públicas. Neste caso, deve-se interpretar o direito de informação de forma alargada, enquanto a interpretação em relação à vida privada e imagem dessas pessoas devem ser restringidas.

6. A Liberdade de Informação e o Direito à Imagem dos Acusados

Há três tipos de mídia, a mídia justiceira, a espalhafatosa e a investigativa.

A mídia justiceira/descrente, a pretexto de informar, submete os investigados a verdadeiro julgamento popular, cujas consequências desastrosas, são normalmente irreparáveis. Depois de marcados perante a opinião pública como criminosos pouco importa a garantia constitucional do estado de inocência: estão irremediavelmente presos àquela imagem, mais forte que qualquer presunção de inocência.

Se não bastasse tal irresponsabilidade, frequentemente assistimos pela televisão à exibição, pela polícia, de pessoas detidas por envolvimento em fatos criminosos, ainda na fase de apuração, que se vêem precocemente submetidas a verdadeiro julgamento público, que podem comprometer inclusive, a independência dos juízes e a imparcialidade dos julgadores (BONJARDIM, 2002).

Hoje, muitas informações veiculadas pela imprensa referem-se às ocorrências policiais, notadamente aquelas que causam explosão emocional e firmam a opinião pública sobre a sociedade criminalizada. Essa é a tida como mídia espalhafatosa, definida como a que se preocupa em veicular notícias chocantes, escândalos etc., nessas matérias se percebem várias ofensas aos direitos da personalidade, que ao invés de retratar a realidade, ela cria uma realidade, dramatizando a violência e levando insegurança a população.

Como bem retrata Estela Cristina Bonjardim:

É flagrante o abuso cometido pela imprensa nesse caso, por rotular como criminosas pessoas acusadas da prática de crimes, mas que devem, se submeter à ação do Poder Judiciário e não de órgãos destituídos do poder de julgar. mais do que isso, podem ser pessoas inocentemente acusadas, que consigam provar a ausência de culpa, mas que estarão definitivamente marcadas perante a opinião pública (BONJARDIM, 2002, p. 118).

Vivemos em uma sociedade cujo conhecimento do direito se restringe a uma pequena parcela da sociedade, ficando a grande maioria, sem consciência de seus direitos mais básicos. Assim sendo, quando nos deparamos com um investigado, frente às câmeras de televisão, querendo ocultar o rosto, ou mesmo fugindo da insistência do repórter, a grande parte da população tem a sensação de que o repórter está agindo de forma correta, ao tratar aquele suspeito, acuado, como um segregado, quiçá condenado.

Assim, é imprescindível alguém dizer a ele, ao sujeito, que não tem obrigação de expor

sua imagem, assim como não tem obrigação de falar sobre o fato do qual está sendo posto sob suspeição, mas que ele tem o direito de ser bem tratado, com todas as garantias constitucionais. Essa mídia justiceira, mesmo ainda na fase de apuração, tenta interferir nas decisões judiciais, por meio de pressão, podendo comprometer inclusive, a independência e a imparcialidade dos julgadores, pois não se ignora que qualquer denúncia feita pela imprensa, mesmo desacompanhada de provas, assume ares de verdade inquestionáveis.

O sensacionalismo da mídia que não se preocupa em preservar o direito à imagem de quem quer que seja, vai de encontro ao princípio da presunção de inocência, surgindo desta forma, as prisões chamadas de midiáticas, impondo aos investigados o rótulo de culpados, sem ter ao menos o direito ao devido processo legal, pois a imprensa exagerando na função de informar acaba criando outra realidade, influenciando e interferindo, consequentemente no julgamento do juiz, afastando-se de um jornalismo responsável e de acordo com a sua função social.

Desde os primeiros tempos do Estado de Direito buscou-se a completa liberdade de imprensa, a qual somente seria conseguida com a abolição de qualquer forma de censura prévia, ou seja, a plena liberdade de divulgar as informações, interpretações e opiniões, sem a interferência estatal limitadora do que deveria ou não ser tornado público.

Esta liberdade, porém, não está sujeita ao limite da verdade objetiva, já que, as opiniões ou juízos de valor, devido a sua própria natureza abstrata, não podem ser submetidos à comprovação, na verdade, o que se exige do sujeito é um dever de diligência no sentido de que seja comprovada a fonte dos fatos noticiáveis e verificada a seriedade da notícia antes de qualquer divulgação.

7. Conclusão

Como visto, o direito de informação apesar de amplo, constitucional e fundamental à democracia, também tem os seus limites. E nem sempre a demarcação desses limites é fácil, já que se confronta o direito da coletividade à informação e aquela esfera do indivíduo que o público e, consequentemente a imprensa, deve respeitar.

Assim é que o direito de informação deve ser o mais amplo possível, enquanto não colidir com interesses considerados igualmente fundamentais. Afinal, o interesse da coletividade em ser informada impõe a si mesmo um limite, quando a divulgação de fatos venha a destruir a pessoa humana em sua dignidade.

O que não pode existir de modo algum é a divulgação ao arrepio da preservação dos direitos da personalidade, quando o suspeito, por total desconhecimento desses direitos, com a camisa por sobre a cabeça, a cabeça por entre as pernas, ou mesmo as mãos sobre o rosto, se esquivam da impiedosa câmara de televisão ou da câmara fotográfica, e ainda são compelidos a falar alguma coisa ao microfone, quando não têm o dever sequer, de falar ao Delegado de Polícia ou mesmo ao Juízo, sobre o crime que supostamente cometera. Verifica-se que os fatos relatados pela imprensa geram clamor público no seio da sociedade, que por consequência acabam influenciando tanto no próprio desfecho da persecução penal quanto no efetivo cumprimento da sanção imposta por sentença transitada em julgado.

A imprensa inatingível pela censura, não é imune ao controle jurisdicional, assim, caso ocorra à violação e o consequente dano, cabe ao Poder Judiciário dirimir o conflito entre a liberdade de informação jornalística e os direitos individuais do cidadão, impondo se necessário, limites à atuação da imprensa.

Não se trata de maneira alguma, de um poder arbitrário ou de imposição de censura,

mas da atuação, dentro da ordem constitucional e democrática, de um poder legitimamente investido para compor um conflito concreto de interesses, que assegurará à imprensa todas as garantias da mais ampla defesa.

Isto postp, quando um cidadão aciona o Poder Judiciário para a reparação do dano, por uma notícia falaciosa ou pela publicação de uma fotografia, não se instalará uma demanda envolvendo a censura a liberdade de imprensa e sim uma jurisdição de direitos civis.

Nenhuma censura há aí e não se pode admitir que se confunda censura, com a restrição da liberdade de imprensa no caso concreto, sempre que se prenunciar violação ao direito de privacidade, à honra e à imagem das pessoas.

Portanto, à mídia, urge mudar sua linha de ação, para deixar de ser uma competição de “ibope”, em privilégio ao crescimento da cultura e da cidadania. Mostrando aos leitores, ouvintes, que um fato supostamente delituoso ocorreu, mas o provável responsável quer manter incólume sua imagem, intimidade e honra, como um direito dele. A mídia é para informar e não para julgar.

Por fim, as limitações reciprocamente impostas, é bom frisar, não resultam da hierarquia das liberdades em conflito, já que não há superposição, o que importa são as circunstâncias de que se revestem cada situação concreta. Em algumas delas deve prevalecer o direito à imagem; em outras, deve ser prioritário o direito à informação, tendo sempre por base os princípios da proporcionalidade e da concordância prática.

Referências

ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da constituição de uma dogmática constitucional transformadora. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

BASTOS, Celso Ribeiro. Direitos e garantias individuais. In: _____. A constituição brasileira 1988: interpretações. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1988.

BASTOS, Celso. Comentários à constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva, 1989. 2v.

BERTI, Silma Mendes. Direito à própria imagem. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

BITTAR, Carlos Alberto. Os direitos da personalidade. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989.

BONJARDIM, Estela Cristina. O acusado, sua imagem e a mídia. São Paulo: Max Limonad, 2002.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 25 jun. 2009.

BULYGIN, Eugênio. Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos. Cuadernos de Filosofía del Derecho. Alicante: Doxa, 1991.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional. 6. ed. Coimbra-Portugal: Almedina, 1995.

ENTRE ASPAS

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. Fundamentos da constituição. Coimbra-Portugal: Coimbra, 1991.

CRISTOVÂM, José Sérgio da Silva. Colisões entre princípios constitucionais. Curitiba: Juruá, 2007.

_____. A resolução das colisões entre princípios constitucionais. Jus Navigandi, Teresina, v. 7, n. 62, fev. 2003.

CUNHA, Sérgio Sérulo. Princípios constitucionais. São Paulo: Saraiva, 2006.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do estado. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, n.1/79, 1993.

FERREIRA, Pinto. Comentários à constituição brasileira. São Paulo: Saraiva, 1989. 7 v.

GEBRAN NETO, João Pedro. A aplicação imediata dos direitos e garantias individuais: a busca de uma exegese emancipatória. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Processo constitucional e direitos fundamentais. São Paulo: Celso Bastos Editor; Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.

LOPES, Vera Maria de Oliveira Nusdeo. O direito à informação e as concessões de rádio e televisão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira. Colisão de direito fundamentais na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. São Paulo: Repertório de Jurisprudência IOB, 1ª quinzena de março de 2003. v. 1.

MIRANDA, Jorge. Manual de direito constitucional: direitos fundamentais. Coimbra-Portugal: Coimbra, 1998. t. IV.

MORAES, Alexandre de. Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MORAES, Walter. Direito à própria imagem. São Paulo: Saraiva, 1977.

PUOLI, José Carlos Baptista. Os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Material da 3ª aula da disciplina Atualização Legislativa e Jurisprudencial em Direito Constitucional, ministrada no Curso de Especialização Televirtual em Direito Público – UNISUL – REDE LFG, 2007.

SANTA MARIA, José Serpa de. Direito à imagem, à vida e à privacidade. Belém: CEJUP, 1994.

SILVA, José Afonso da. Comentário contextual à Constituição. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

Nota _____

¹ Hans Kelsen separa, na teoria do Direito, as questões jurídicas das morais.

ARQUIVAMENTO DO INQUÉRITO POLICIAL E COISA JULGADA MATERIAL: UM EXAME CRÍTICO ACERCA DA JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES ACERCA DA MATÉRIA

Márcio Ferreira Rodrigues Pereira

Mestre pela Universidade Federal da Bahia. Professor da Faculdade de Direito da Universidade Católica do Salvador. Professor da Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes. Professor da Pós-Graduação da Faculdade Dois de Julho. Ex-Professor do Curso Preparatório para Concursos JusPodivm. Advogado. Bacharel em Filosofia pela Universidade de São Paulo (concluente).

Resumo: Como cediço, em regra, a decisão que arquiva o inquérito policial tem eficácia preclusivo apenas de coisa julgada formal. Porém, em certos casos excepcionais, essa decisão também faz coisa julgada material. O objetivo deste artigo é, amparado em respeitável setor da doutrina processual penal, examinar criticamente as hipóteses em que a jurisprudência dos tribunais superiores reconhece a coisa julgada material no *decisium* que arquiva o inquérito policial.

Palavras-Chave: inquérito policial; decisão interlocutória; coisa julgada formal; coisa julgada material.

1. Introdução

Inicialmente, cumpre advertir que há na comunidade jurídica discussão a respeito dos *efeitos do ato de arquivamento de inquérito policial*. A título de exemplo, existe quem sequer veja a possibilidade de formação da coisa julgada nesse caso¹.

Aliás, deve ser dito também que tal discussão (efeitos do arquivamento) está, geralmente, atrelada a uma outra: *a questão da natureza jurídica do ato que arquiva o inquérito policial* – se seria de *despacho*; se seria de *decisão judicial*².

Enfim, há significativa controvérsia doutrinária sobre esses assuntos que nós, no presente trabalho, nos absteremos de examinar.

Nosso propósito aqui é outro.

Desejamos, partindo da orientação que admite, em certos casos, a formação da coisa julgada material na decisão que arquiva o inquérito policial (tribunais superiores, v. g), apresentar quais seriam essas hipóteses, e, quando oportuno, criticar alguns aspectos ligados ao tema.

Iniciemos, pois, esse percurso.

2. Desenvolvimento

Como se sabe, em regra, a decisão que arquiva o inquérito policial³ não faz coisa julgada material, mas apenas formal⁴. É que, na maioria das decisões que determinam o arquivamento, está inserida, como se costuma dizer⁵, a cláusula *rebus sic stantibus* (*desde que perdurem as mesmas circunstâncias e condições*⁶), impedindo, assim, que a coisa julgada material seja formada. É como se disséssemos: “*desde que perdurem as mesmas circunstâncias e condições* – ou, se preferirem, *rebus sic stantibus* – fica arquivado o inquérito policial”. Na realidade, o que ocorre é que, geralmente, as decisões de arquivamento não descem ao mérito da questão, afastando-se, desse modo, a possibilidade de formação da coisa julgada material.

Conseqüentemente, em grande parte dos inquéritos arquivados, permite-se que a autoridade policial proceda a novas pesquisas sobre o caso. Esse é, inclusive, o teor do art. 18 do CPP, a seguir transcrito.

Art. 18. Depois de ordenado o arquivamento de inquérito pela autoridade judiciária, por falta de base para a denúncia, a autoridade policial poderá proceder a novas pesquisas, se de outras provas tiver notícia.

E mais. Não só na maioria dos casos de arquivamento de inquérito policial pode a autoridade policial proceder a novas pesquisas, como, surgindo novas provas sobre o caso arquivado, pode o Ministério Público ingressar com a ação penal. Exemplificativamente, se o magistrado acolhe o pedido de arquivamento do Promotor de Justiça baseado na falta de provas de autoria do fato, nada obsta que, surgindo novas provas (e não estando prescrito o crime) sobre o autor do delito, possa o Promotor ingressar com a denúncia.

O que acabamos de expor aqui é entendimento sumulado do Pretório Excelso, senão vejamos:

Súmula 524 do STF: ARQUIVADO O INQUÉRITO POLICIAL, POR DESPACHO DO JUIZ, A REQUERIMENTO DO PROMOTOR DE JUSTIÇA, NÃO PODE A AÇÃO PENAL SER INICIADA, SEM NOVAS PROVAS. (Data da aprovação da súmula: 03/12/1969).

Sobre o conceito de “novas provas” relacionado à súmula citada, temos o esclarecedor pronunciamento do STJ:

STJ (RHC 18561/ES julgado em 11/04/2006): HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. INQUÉRITO POLICIAL. DESARQUIVAMENTO. NOVAS PROVAS. ENUNCIADO 524 DA SÚMULA DO STF. POSSIBILIDADE. 1. Entendem doutrina e jurisprudência que três são os requisitos necessários à caracterização da prova autorizadora do desarquivamento de inquérito policial (...): a) que seja formalmente nova, isto é, sejam apresentados novos fatos, anteriormente desconhecidos; b) que seja substancialmente nova, isto é, tenha idoneidade para alterar o juízo anteriormente proferido sobre a desnecessidade da persecução penal; c) seja apta a produzir alteração no panorama probatório dentro do qual foi concebido e acolhido o pedido de arquivamento; 2. Preenchidos os requisitos - isto é, tida a novaprova por pertinente aos motivos declarados

para o arquivamento do inquérito policial, colhidos novos depoimentos, ainda que de testemunha anteriormente ouvida, e diante da retificação do testemunho anteriormente prestado -, é de se concluir pela ocorrência de novas , suficientes para o desarquivamento do inquérito policial e o conseqüente oferecimento da denúncia.

Ainda sobre o tema das “novas provas”, cumpre destacar uma pertinente observação de Lima (2006, p. 186).

[No que tange à autoridade policial], não é necessária a presença de novas provas para que sejam feitas novas investigações [...] o que se exige é a mera notícia da existência dessas provas [...], sendo que para a propositura da ação penal é que a citada Súmula [524] faz tal exigência. (Incluiu-se).

Um último ponto sobre essa questão, é que, embora estejamos, a todo o momento, falando em “novas provas” – no plural – na realidade, conforme bem destaca Tourinho Filho (2205, p. 78), basta apenas uma prova substancialmente nova para que o Ministério Público possa ingressar com a ação penal.

De outro lado, relevante destacar também que, segundo a jurisprudência dos tribunais superiores, uma vez arquivado o inquérito policial por ausência de provas, a eventual mudança de compreensão jurídica sobre o mesmo fato, *seja pelo membro do Ministério Público que efetuou o pedido de arquivamento, seja por outro membro daquela instituição*, não permite o oferecimento de ação penal. É que, *não surgindo novas provas substanciais acerca do caso arquivado*, não pode haver oferecimento de denúncia apenas porque se interpretou o mesmo fato jurídico de maneira diferente (reclassificação jurídica do fato), ainda que outro membro do Ministério Público seja o autor dessa nova interpretação⁷.

Talvez um exemplo facilite mais a compreensão do tema: um Promotor “A”, por falta de provas, pede o arquivamento do inquérito policial e este pedido é acolhido pelo magistrado. Imagine-se que esse Promotor “A”, sem estar amparado em provas substancialmente novas, decide agora oferecer denúncia sobre o caso arquivado, pois alterou a sua compreensão jurídica sobre o ocorrido. Ou, pense-se, ainda, num Promotor “B” que deseja oferecer denúncia por esse mesmo caso, em razão de divergir da posição de seu colega (o Promotor “A”). Resultado? A jurisprudência das Cortes Maiores veda ambas as situações. Vale a máxima: *sem provas substancialmente novas* (súmula 524 do STF) não se pode oferecer denúncia sobre o caso arquivado. Segue uma decisão sobre o tema:

STF (Inq 2028/BA julgado em 28/04/2004): Na hipótese dos autos, o procurador-geral da República requerera, inicialmente, o arquivamento dos autos, tendo seu sucessor oferecido a respectiva denúncia sem que houvessem surgido novas provas. Na organização do Ministério Público, vicissitudes e desavenças internas, manifestadas por divergências entre os sucessivos ocupantes de sua chefia, não podem afetar a unicidade da instituição. A promoção primeira de arquivamento pelo Parquet deve ser acolhida, por força do entendimento jurisprudencial pacificado pelo Supremo Tribunal Federal, e não há possibilidade de retratação, seja tácita ou expressa, com o oferecimento da denúncia, em especial por ausência de provas novas.

Nessa esteira, manifesta-se também Choukr (2009, p. 84):

Corolário lógico de um sistema que busca se adequar aos primados constitucionais, a ação penal não pode ser movida com base numa peça investigativa a qual o próprio Estado afirmou não possuir serventia, ao menos na forma com que foi arquivada. Admitir uma acusação nesses moldes seria a mesma coisa que negar a própria existência do arquivamento da investigação.

Com efeito, dissemos no início desse trabalho que, *em regra, a decisão que arquivava o inquérito policial não produz coisa julgada material*.

Investiguemos, finalmente agora, quais seriam as exceções a essa regra, ou seja, quais são, segundo os tribunais superiores, os casos em que a decisão de arquivamento ganha autoridade de coisa julgada material.

Segundo reiterada jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, há *duas hipóteses* em que a decisão de arquivamento do inquérito policial produz coisa julgada material, são elas: arquivamento por atipicidade do fato e arquivamento por extinção da punibilidade⁸ do agente.

Vale ressaltar que, nessas situações, arquivado o caso e formada a coisa julgada material, *não pode a autoridade policial proceder a novas pesquisas e nem muito menos o Ministério Público oferecer denúncia*, mesmo que, nesta última hipótese, existam novas provas sobre o fato. Seguem dois julgados sobre a matéria:

STF. Tribunal Pleno (Pet. 3.297/MG julgada em 19/12/05): A eficácia preclusiva da decisão de arquivamento de inquérito policial depende da razão jurídica que, fundamentando-a, não admita desarquivamento nem pesquisa de novos elementos de informação, o que se dá quando reconhecida atipicidade da conduta ou pronunciada extinção da punibilidade. É que, nesses casos, o ato de arquivamento do inquérito se reveste da autoridade de coisa julgada material, donde a necessidade de ser objeto de decisão do órgão judicial competente.

STF (HC 84253/RO julgado em 26/10/2004): O arquivamento judicial do inquérito ou das peças que consubstanciam a “notitia criminis”, quando requerido pelo Ministério Público, por ausência ou insuficiência de elementos informativos, não afasta a possibilidade de aplicação do que dispõe o art. 18 do CPP, hipótese em que, havendo notícia de provas substancialmente novas (Súmula 524/STF - RTJ 91/831), legitimar-se-á a reabertura das investigações penais (RTJ 106/1108 - RTJ 134/720 - RT 570/429 - Inq 1.947/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.). - Inexistirá, contudo, essa possibilidade, se o Poder Judiciário, ao reconhecer consumada a prescrição penal, houver declarado extinta a punibilidade do indiciado/denunciado, pois, em tal caso, esse ato decisório revestir-se-á da autoridade da coisa julgada em sentido material, inviabilizando, em consequência, o ulterior ajuizamento (ou prosseguimento) de ação penal contra aquele já beneficiado por tal decisão, ainda que o Ministério Público, agindo por intermédio de novo representante e mediante

reinterpretação e nova qualificação dos mesmos fatos, chegue a conclusão diversa daquela que motivou o seu anterior pleito de extinção da punibilidade. Precedentes⁹.

Um dos motivos, normalmente, indicados para se atribuir a esses dois casos eficácia preclusiva de coisa julgada material é que – nos dizeres do ex-Ministro do STF Octávio Gallotti (HC 66625/SP julgado em 23/09/1988¹⁰) – a decisão que arquiva não põe em dúvida “a prova do fato, mas o seu relevo penal – esse fundamento não é passageiro, mas essencial e permanente, bastando para por [o agente] a salvo de responder a nova ação penal pela mesma conduta anteriormente considerada”. (Incluiu-se).

Outro argumento comumente apresentado por essa orientação da Corte Maior diz respeito à *equiparação* que deve ser feita entre a *decisão que rejeita a denúncia* com base na *atipicidade* ou na *extinção de punibilidade* e a *decisão que arquiva o inquérito* quando embasada nestes *mesmos motivos*. Explica-se.

Conforme ficou estabelecido no julgado STF HC 80560/GO julgado em 20/02/2001¹¹, o efeito da coisa julgada material produzido pela *decisão de rejeição*¹² que reconhece a *atipicidade da conduta* ou a *extinção da punibilidade* deve ser estendido à *decisão de arquivamento*, quando esta tiver por base aqueles mesmos motivos (atipicidade ou extinção da punibilidade).

Segundo pensamos, caso essa equiparação não fosse reconhecida pelo Pretório Excelso, poderíamos ter a seguinte situação injusta: aquele que teve a denúncia *rejeitada* com base, por exemplo, na atipicidade da conduta, alcançaria a coisa julgada material; enquanto que aquele que *sequer foi denunciado* – pois o Ministério Público, diante da patente atipicidade da conduta, optou pelo arquivamento (tendo tal pedido sido acolhido pelo juiz) – amargurará uma decisão no padrão *rebus sic stantibus*, isto é, pode, enquanto não prescrita a infração, vir a ser surpreendido por uma acusação criminal¹³.

Assim, diante desse quadro, poderia ser que o agente e seu advogado ficassem “torcendo” para que o Ministério Público oferecesse denúncia (!?) – ao invés de pedir o arquivamento – porque, dessa forma, caso a inicial penal viesse a ser rejeitada haveria a formação da coisa julgada material.

Não sabemos como isso soa aos ouvidos do leitor, mas aos nossos soa deveras incongruente...

Andou bem o STF, portanto, ao equiparar os efeitos das decisões de rejeição e de arquivamento, evitando-se, assim, o eventual aparecimento da esdrúxula situação acima descrita.

Ademais, oportuno destacar também que, em casos de arquivamento por atipicidade ou extinção da punibilidade, mesmo que a decisão tenha sido prolatada por magistrado absolutamente incompetente, há, na visão das Cortes Superiores, formação de coisa julgada material. Confira-se o acórdão a seguir:

STF (HC 83346/SP julgado em 17/05/2005): Inquérito policial: arquivamento com base na atipicidade do fato: eficácia de coisa julgada material. A decisão que determina o arquivamento do inquérito policial, quando fundado o pedido do Ministério Público em que o fato nele apurado não constitui crime, mais que preclusão, produz coisa julgada material, que - ainda quando emanada a decisão de juiz absolutamente incompetente -, impede a instauração de processo que tenha por objeto

ENTRE ASPAS

o mesmo episódio. Precedentes : HC 80.560, 1ª T., 20.02.01, Pertence, RTJ 179/755; Inq 1538, Pl., 08.08.01, Pertence, RTJ 178/1090; Inq-QO 2044, Pl., 29.09.04, Pertence, DJ 28.10.04; HC 75.907, 1ª T., 11.11.97, Pertence, DJ 9.4.99; HC 80.263, Pl., 20.2.03, Galvão, RTJ 186/1040¹⁴.

De fato, assim como não se admite a cassação da sentença absolutória definitiva proferida por julgador absolutamente incompetente, também nesse caso (arquivamento com efeito de coisa julgada material ordenando por juiz absolutamente incompetente), a solução, sob pena de franca injustiça, deve ser a mesma.

Entender de forma contrária, ou seja, permitir o *desarquivamento* nessa situação, é, segundo pensamos, infringir uma das garantias mais básicas do réu/indiciado, qual seja, a do *ne bis in idem* (não poder ser submetido novamente à persecução penal depois de formada a coisa julgada material, seja por meio de sentença absolutória, *seja por meio de arquivamento*¹⁵).

Ademais, seria mesmo absurdo que o acusado tivesse que “arcar” com o erro do Estado (leia-se juiz e Ministério Público) que, durante todo o itinerário da persecução penal, não atentou para as regras legais de competência, só as percebendo após o arquivamento/absolvição.

Há ainda um outro ponto frisado pela jurisprudência dos tribunais superiores acerca do assunto digno de realce.

De acordo com as Cortes Superiores, em caso de pedido de arquivamento fundamentado na insuficiência de provas, o magistrado deve atendê-lo compulsoriamente.

Como cediço, o máximo que pode fazer o juiz, caso discorde do requerimento ministerial, é aplicar o art. 28 do CPP¹⁶: remessa ao órgão de cúpula do Ministério Público¹⁷.

Porém, consoante se sabe, opinando o órgão de cúpula igualmente pelo arquivamento, *nada poderá fazer o julgador que não acolher o referido parecer ministerial*.

Vale lembrar também que, quando for o próprio chefe da instituição (Procurador-Geral de Justiça ou da República) que requerer o arquivamento com base na insuficiência de provas, sequer haverá a possibilidade de aplicação do art. 28 do CPP pelo julgador, visto que, nessa hipótese, é o próprio órgão de cúpula que está expressando a *opinio delicti*. Nessa situação, portanto, resta ao juiz, compulsoriamente – como dizem o STF e o STJ – atender ao pedido ministerial¹⁸.

Assim, temos: em casos de pedido de arquivamento por insuficiência de provas, seja o pedido fruto de insistência do chefe da instituição (art. 28 do CPP), seja produto de atuação originária em tribunal deste chefe, o magistrado deve, compulsoriamente, acolher o parecer ministerial, não lhe sendo permitido examinar as razões que levaram o Ministério Público a opinar da maneira que opinou. Acrescente-se que tal decisão de arquivamento é irrecorrível¹⁹. Nessas situações, a decisão, pertence, de fato, à instituição do Ministério Público e, como diz Jardim (2000, p. 166):

Não fica nenhuma faixa [ao juiz] de apreciação, nada lhe restando senão determinar ao escrivão que arquite os autos (mero ato material de colocar alguma coisa guardada em seu lugar próprio: arquivo). (Incluiu-se).

Segue um julgado acerca desse tema:

STF. Tribunal Pleno (Pet 2509 AgR/MG julgado em 18/02/2004): Se o Procurador-Geral da República requer o arquivamento de inquérito policial, de peças de informação ou de expediente consubstanciador de “notitia criminis”, motivado pela ausência de elementos que lhe permitam

formar a “opinio delicti”, por não vislumbrar a existência de infração penal (ou de elementos que a caracterizem), essa promoção não pode deixar de ser acolhida pelo Supremo Tribunal Federal, pois, em tal hipótese, o pedido emanado do Chefe do Ministério Público da União é de atendimento irrecusável. Doutrina. Precedentes. Ver também: STJ HC 72384/RJ julgado em 28/11/2007.

Pode parecer óbvia essa orientação dos tribunais superiores – *acolhimento compulsório pelo juiz de pedido de arquivamento baseado na insuficiência de provas da investigação*.

No entanto, perceba-se que, a todo o momento, estamos colocando em evidência o motivo do pedido de arquivamento: *insuficiência de provas*.

Há uma razão para esse freqüente destaque.

É que, quando o motivo do pedido de arquivamento for atipicidade ou extinção da punibilidade, o posicionamento das Cortes Superiores parece perder a obviedade.

Vejamos os porquês disso.

Consoante entendem STF e STJ, outra é a situação quando o pedido de arquivamento é formulado com base na atipicidade da conduta ou na extinção da punibilidade do agente.

Para as Corte Maiores, como nesses casos a decisão que defere o pedido ministerial gera coisa julgada material, não há que se falar aqui em atendimento compulsório do requerimento por parte do julgador. É preciso haver decisão jurisdicional sobre a matéria.

Conforme já expressou o ex-Ministro do STF Sepúlveda Pertence em seu voto condutor no Inq 1538/PR julgado em 08/08/2000, nessas hipóteses (arquivamento por atipicidade ou por extinção da punibilidade), *a última palavra não é da instituição do Ministério Público – tal como ocorre nos pedidos de arquivamento que invocam insuficiência de provas. O juiz aqui pode acolher ou refutar as razões invocadas pelo Ministério Público*. Em uma palavra: há nesses casos *exame de mérito* por parte do julgador sobre o parecer ministerial.

Vejamos algumas decisões sobre o que acabamos de ver:

STF. Tribunal Pleno (Pet 3943/MG julgado em 14/04/2008): EMENTA: INQUÉRITO POLICIAL. Arquivamento. Requerimento do Procurador-Geral da República. Pedido fundado na alegação de atipicidade dos fatos. Formação de coisa julgada material. Não atendimento compulsório. Necessidade de apreciação e decisão pelo órgão jurisdicional competente. Inquérito arquivado. Precedentes. O pedido de arquivamento de inquérito policial, quando não se baseie em falta de elementos suficientes para oferecimento de denúncia, mas na alegação de atipicidade do fato, ou de extinção da punibilidade, não é de atendimento compulsório, senão que deve ser objeto de decisão do órgão judicial competente, dada a possibilidade de formação de coisa julgada material.

STF. Tribunal Pleno (Inq. 1538/PR julgado em 08/08/2000): EMENTA: Inquérito policial: arquivamento. Diversamente do que sucede no arquivamento requerido com a anuência do Procurador-Geral da República e fundamento na ausência de elementos informativos para a denúncia - cujo atendimento é compulsório pelo Tribunal -, aquele que se lastreia na atipicidade do fato ou na extinção da sua punibilidade

- dados os seus efeitos de coisa julgada material - há de ser objeto de decisão jurisdicional do órgão judicial competente: precedentes do STF: prescrição consumada.

STF (Inq. 2591/SP julgado em 8/05/2008): O pedido de arquivamento formulado pelo Ministério Público, quando tem por fundamento a prescrição ou a atipicidade da conduta, não vincula o Magistrado. Ver também: STJ HC 72384/RJ julgado em 28/11/2007.

Diante da posição das Cortes Maiores sobre o tema – possibilidade de *indeferimento* do pedido de arquivamento formulado pelo chefe do Ministério Público quando aquele (o pedido) se der por atipicidade ou por extinção da punibilidade – algumas indagações poderiam ser suscitadas.

Por exemplo: indeferido o pedido de arquivamento pelo tribunal, há alguma medida a ser adotada na seqüência? Se sim, qual? Remessa para outro órgão do Ministério Público, por exemplo? Mas remeter para qual órgão, se foi o *próprio chefe da instituição* quem emitiu o seu parecer sobre o caso?

E poderíamos seguir formulando outras tantas perguntas... Porém, as que fizemos acima, já são suficientes para demonstrar as dificuldades que o assunto encerra.

Ademais, ressalte-se que, da leitura integral dos acórdãos dos tribunais superiores que tratam da matéria, não nos foi possível esclarecer se há ou não alguma medida a ser tomada no caso de indeferimento do parecer formulado pelo chefe do *parquet*. Isto porque todos os arestos por nós consultados, apesar de ressaltarem que o acolhimento do parecer ministerial nesses casos *não é compulsório*, foram *favoráveis* ao pedido de arquivamento. Assim, não localizamos uma decisão que, de fato, tenha indeferido o pedido do órgão máximo do Ministério Público. Logo, as questões acima permanecem em aberto.

Com efeito, poderíamos refletir mais profundamente sobre o tema e, quem sabe, chegar a algumas colocações interessantes. No entanto, apesar da empreitada soar bastante instigante, fugiria aos propósitos deste trabalho. De toda a sorte, é digno de registro que a posição dos tribunais superiores parece agasalhar uma indevida ingerência da magistratura no órgão do Ministério Público. É que, além de existir previsão legal impondo – sem exceção – o acolhimento compulsório do pedido de arquivamento quando efetuado pelo chefe do *parquet* (vide art. 28 do CPP), a orientação das Cortes Maiores parece também afrontar o sistema acusatório pretendido pelo Constituinte de 1988, que, dentre outras coisas, atribuiu privativamente ao órgão do Ministério Público o *dominus litis* (vide art. 129, I, da CF²⁰).

Para Moreira (2003, p. 31), o juiz deveria ser totalmente alijado do mecanismo de controle da não propositura de ação penal por parte do Ministério Público. Tal mecanismo de controle, segundo o autor, deveria se dar no âmbito do próprio Ministério Público, por meio de órgãos colegiados.

Todavia, consoante dissemos, isso é apenas algo que gostaríamos de registrar (uma provocação – pode-se dizer assim), sendo que eventual aprofundamento do assunto poderá ser retomado em uma outra oportunidade.

Finalmente, deixamos uma questão das mais polêmicas para o final deste trabalho. Analisemo-la.

Durante o nosso estudo, vimos que os tribunais superiores conferem autoridade de coisa julgada material à decisão que arquiva o inquérito por atipicidade ou por extinção da

punibilidade.

Todavia, o STF, consoante noticiado nos informativos 446 e 538 (23 a 27 de outubro de 2006 e 9 a 13 de março de 2009, respectivamente), entendeu que a decisão de arquivamento com base em excludente de ilicitude não produz coisa julgada material²¹. Isto é: entendeu a Corte Maior que o arquivamento de inquérito policial amparado em excludente de ilicitude pode ser reaberto. Seguem trechos do informativo 538:

Aduziu-se que a jurisprudência da Corte seria farta quanto ao caráter impeditivo de desarquivamento de inquérito policial nas hipóteses de reconhecimento de atipicidade, mas não propriamente de excludente de ilicitude. (...) Vencidos os Ministros Menezes Direito e Marco Aurélio que deferiam o habeas corpus por considerar que, na espécie, ter-se-ia coisa julgada material, sendo impossível reabrir-se o inquérito independentemente de outras circunstâncias. O Min. Marco Aurélio acrescentou que nosso sistema convive com os institutos da justiça e da segurança jurídica e que, na presente situação, este não seria observado se reaberto o inquérito, a partir de preceito que encerra exceção.

Vale acrescentar que, atualmente, conforme noticiado no informativo 569 (a 27 de novembro de 2009), a questão (desarquivamento de inquérito e excludente de ilicitude) foi submetida ao Pleno do STF pela Primeira Turma daquela Corte, devendo, portanto, ser decidida em breve.

3. Conclusão

Com a devida vênia, estamos com aqueles que entendem que a Excelsa Corte, até o presente momento, andou mal na apreciação da matéria (reconhecimento de coisa julgada apenas formal no caso de arquivamento amparado em justificante).

Não há razão, lógica ou jurídica, segundo pensamos, para se conferir efeito apenas de coisa julgada formal ao arquivamento por excludente de ilicitude e de coisa julgada material ao arquivamento por atipicidade ou por extinção da punibilidade.

Como bem sintetizam Gomes e Donati (2009, p. 3):

O raciocínio é simples: quando o arquivamento tomar por base aspectos materiais do crime, como a tipicidade e, é lógico, a própria ilicitude, não há como afastar a ocorrência da coisa julgada, leia-se, formal e material, o que, a nosso ver, no caso concreto em análise, impediria a reabertura do IP.

Irámos além. A reabertura de inquérito arquivado com base em excludente de ilicitude é verdadeira ofensa ao nosso Direito. Explica-se.

Não se pode negar que, no arquivamento com amparo em excludente de ilicitude (assim como na hipótese de atipicidade, por exemplo), há incursão no mérito do caso. A decisão que arquiva o inquérito nessa situação equipara-se à sentença que absolve o acusado, produzindo, pois, coisa julgada material. Seguindo essa linha de raciocínio, permitir a reabertura do caso nessa situação, tal como defende o STF, arrepia frontalmente o Pacto de São José da Costa

Rica²² (integrado ao nosso ordenamento jurídico por meio do Decreto n. 678 de 06 de novembro de 1992), quando diz:

Artigo 8º. (...). 4. O acusado absolvido por sentença transitada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos.

Em suma, a posição da Excelsa Corte, segundo nossa visão, viola o princípio do *ne bis in idem*, configurando, assim, verdadeira hipótese de revisão *pro societate* – repudiada pelo Direito brasileiro.

De outro lado, o STJ, alterando entendimento anterior sobre a matéria (vide REsp 738338/PR de 25/10/2005), *também passou a sustentar ser impossível a reabertura de inquérito policial nesse caso (excludente de ilicitude), senão vejamos.*

STJ (RHC 17389/SE julgado em 20/11/2007): O arquivamento do inquérito policial no âmbito da Justiça Militar se deu em virtude da promoção ministerial no sentido da incidência de causa excludente de ilicitude. 3. Embora o inquérito policial possa ser desarquivado em face de novas provas, tal providência somente se mostra cabível quando o arquivamento tenha sido determinado por falta de elementos suficientes à deflagração da ação penal, o que não se verifica na espécie. Precedentes. 4. Ainda que se trate de decisão proferida por juízo absolutamente incompetente, nos termos do disposto no art. 9.º do Código Penal Militar, porquanto praticado por militar fora do exercício da função, produz coisa julgada material.

Referências

CHOUKR, F. H. Código de Processo Penal. Comentários consolidados e crítica jurisprudencial. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

DUCLERC, E. Direito Processual Penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GOMES, L. F. Direito Processual Penal. São Paulo: RT, 2005.

_____. DONATI, P. Inquérito policial: excludente de ilicitude, arquivamento e coisa julgada material. Disponível em <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em: 07/09/09.

GRECO FILHO, V. Manual de Processo Penal, 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

JARDIM, Afrânio Silva. Direito Processual Penal. 9ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

LIMA, M. P. Curso de Processo Penal. Volumes 1 e 2. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004.

LOPES JR., A. Introdução crítica ao processo penal. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

MACHADO, Antônio Alberto. Curso de Processo Penal. 2ª Edição. São Paulo: Atlas, 2009.

MIRABETE, J. F. Processo Penal. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2000.

MOREIRA, Rômulo Andrade. Direito Processual Penal. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

NUCCI, G. de S. Código de Processo Penal Comentado. 5 ed. São Paulo: RT, 2006.

OLIVEIRA, E. P. de. Curso de Processo Penal. 11 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

PIOVESAN, F. A incorporação, a hierarquia e o impacto dos Tratados de proteção aos direitos humanos no direito brasileiro. In: O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro. São Paulo: RT, 2000.

STEINER, Sylvia Helena de Figueiredo. A Convenção Interamericana sobre direitos humanos e sua integração ao processo penal brasileiro. São Paulo: RT, 2000.

TORNAGHI, Hélio. Processo Penal. Vol. I. Rio de Janeiro: Coelho Branco, 1953

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Código de Processo Penal Comentado. Volumes 1 e 2. 9ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2005.

Notas

¹ Nesse sentido, por exemplo, está Choukr (2009, p. 119). Os argumentos utilizados são: o juiz não efetua qualquer atividade jurisdicional nesse momento; e não existe relação processual em curso. Tais aspectos, segundo o autor, impediriam que se falasse em coisa julgada no âmbito do inquérito policial.

² Jardim (2000, p.166) diz que a decisão de arquivamento não “é um mero despacho como pode fazer crer uma leitura apressada do Código. Não é sentença por inexistir processo ou jurisdição, mas simples decisão administrativa (sentido lato). Por ser oriunda do Poder Judiciário, torna-se judicial”.

³ Apesar de estarmos falando apenas em arquivamento de inquérito policial, tudo o que está sendo dito aqui se aplica também ao arquivamento das demais investigações preliminares: comissão parlamentar de inquérito (CPI), termo circunstanciado (TCO), peças de informação, etc.

⁴ Sobre a distinção entre coisa julgada material e formal, aduz Gomes (2005, p. 330): “há duas espécies de coisa julgada: 1. Coisa julgada formal: impede que o juízo da causa reexamine a sentença [ou decisão]; 2. Coisa julgada material: impede que qualquer outro juízo ou tribunal examine a causa já decidida”. (Incluiu-se). Na mesma linha, afirma Greco Filho (1998, p. 342): “a coisa julgada é a imutabilidade da sentença ou de seus efeitos”. Sobre a coisa julgada formal e material, assevera: “diz-se que há coisa julgada formal quando estão esgotados todos os recursos cabíveis. Todas as decisões terminativas fazem coisa julgada formal quando extintas as vias recursais. As sentenças de mérito fazem, uma vez esgotados os recursos, também coisa julgada material, que é a imutabilidade da sentença ou de seus efeitos não só no mesmo processo porque se extinguíram-se as vias recursais, mas também acarretando a proibição de outra decisão sobre a mesma causa em outro eventual processo”.

⁵ Tornaghi (1953, p. 293), seguido por Mirabete (2006, p. 124), dentre outros.

⁶ Conforme: Machado (2009, p. 32). Ou ainda: “estando assim as coisas”.

⁷ Nesse sentido também: Nucci (2006, p. 120).

⁸ Cumpre ressaltar que, quase sempre, a causa de extinção de punibilidade que é referida nas decisões do STF que tratam da formação da coisa julgada material em sede de arquivamento é a prescrição.

⁹ Ver também os diversos precedentes sobre o assunto: STF HC 80.560-GO de 20.2.2001 (informativo 218 STF); HC 84156/MT de 26.10.2004 (informativo 367 STF); HC 83346/SP de 17.5.2005 (informativo 388 STF); HC 86606/MS de 22.5.2007 (informativo 468 STF); HC 94982/SP de 25.11.2008 (informativo 541 STF); e STJ RHC 18099/SC de 07.03.2006.

¹⁰ Destaque-se que esse julgado tratou apenas do arquivamento por atipicidade. Porém, os motivos estendem-se ao arquivamento por extinção da punibilidade.

¹¹ STF (HC 80560/GO julgado em 20/02/2001): “EMENTA: Inquérito policial: decisão que defere o arquivamento: quando faz coisa julgada. A eficácia preclusiva da decisão que defere o arquivamento do inquérito policial, a pedido do Ministério Público, é similar à daquela que rejeita a denúncia e, como a última, se determina em função dos seus motivos determinantes, impedindo “ se fundada na atipicidade do fato “ a propositura ulterior da ação penal, ainda quando a denúncia se pretenda alicerçada em novos elementos de prova. Recebido o inquérito “ ou, na espécie, o Termo Circunstanciado de Ocorrência “ tem sempre o Promotor a alternativa de requisitar o prosseguimento das investigações, se entende que delas possa resultar a apuração de elementos que dêem configuração típica ao fato (C.Pr.Penal, art. 16; L. 9.099/95, art. 77, § 2º). Mas, ainda que os entenda insuficientes para a denúncia e opte pelo pedido de arquivamento, acolhido pelo Juiz, o desarquivamento será possível nos termos do art. 18 da lei processual. O contrário sucede se o Promotor e o Juiz acordam em que o fato está suficientemente apurado, mas não constitui crime. Aí “a exemplo do que sucede com a rejeição da denúncia, na hipótese do art. 43, I, C.Pr.Penal “ a decisão de arquivamento do inquérito é definitiva e inibe que sobre o mesmo episódio se venha a instaurar ação penal, não importa que outros elementos de prova venham a surgir posteriormente ou que erros de fato ou de direito hajam induzido ao juízo de atipicidade”.

¹² As hipóteses de rejeição da denúncia estão, atualmente, previstas no art. 395 do CPP (Redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008). Os casos de atipicidade do fato e de extinção da punibilidade podem ser enquadrados, segundo determinado setor da doutrina, no inciso II deste artigo (falta de condição para o exercício da ação penal). Para mais detalhes sobre esse tema, consultar, por exemplo: Nucci (2009, pp. 716-718).

¹³ Conferir também: Duclerc (2008, p. 156).

¹⁴ Ver também: STJ RHC 17389/SE julgado em 20/11/2007.

¹⁵ Vide Pacto de São José da Costa Rica (art. 8, item 4), que foi ratificado pelo Brasil, em 06 de novembro de 1992, por meio do Decreto n. 678.

¹⁶ “Art. 28. Se o órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, o juiz, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fará remessa do inquérito ou peças de informação ao procurador-geral, e este oferecerá a denúncia, designará outro órgão do Ministério Público para oferecê-la, ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender”.

¹⁷ Oportuno lembrar que, na esfera federal, eventual discordância do magistrado federal sobre o pedido de arquivamento efetuado pelo MPF será encaminhado não ao Procurador-Geral da República, mas às Câmaras de Coordenação e Revisão, conforme determina o art. 62 da LC 75/93.

¹⁸ Moreira (2003, p. 32) defende, inclusive, que, no caso de atribuição originária do Procurador-Geral, o arquivamento deveria ocorrer intra muros, ou seja, dentro da própria instituição do Ministério Público. Diz o professor: “Não há razão plausível, nem do ponto de vista jurídico, nem sob o aspecto lógico ou prático para se exigir que o Procurador-Geral de Justiça (ou o da República, conforme o caso) submeta a sua delicti ao Poder Judiciário que nada mais poderá fazer senão acatar o pronunciamento”.

¹⁹ STF. Tribunal Pleno (Pet 2509 AgR/MG julgado em 18/02/2004): “O ato judicial que ordena, no Supremo Tribunal

Federal, o arquivamento do inquérito ou de peças de informação, a pedido do Procurador-Geral da República, motivado pela ausência de “opinio delicti” derivada da impossibilidade de o Chefe do Ministério Público da União identificar a existência de elementos que lhe permitam reconhecer a ocorrência de prática delituosa, é insuscetível de recurso (RT 422/316)”. STJ (no Ag 884686/RJ julgado em 15/04/2008): “Esta Corte tem entendido que não é recorrível a decisão judicial que, acolhendo o parecer do Ministério Público, determina o arquivamento de inquérito policial”.

²⁰ “Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei”.

²¹ É oportuno alertar que há discussão na doutrina se as excludentes de ilicitude poderiam ou não embasar o pedido de arquivamento. Estamos partindo do pressuposto de que sim (posição dos tribunais superiores, inclusive). Não exporemos essa discussão aqui, mas recomendamos a leitura de Marcelus Polastri Lima (Curso de processo penal. V I. 2 ed. 2006, pp. 161-167), que apresenta a celeuma em torno do assunto de maneira bem elaborada.

²² O Pacto de São José da Costa Rica tem status normativo constitucional, conforme o atual entendimento da Segunda Turma do STF (HC 96772/SP julgado em 09/06/2009; e AI 601832 AgR/SP julgado em 17/03/2009). Ressalte-se que o status normativo do referido Pacto tem sido objeto de ampla discussão na doutrina e na jurisprudência. Não é nosso propósito aprofundar tal discussão aqui. Recomendamos, porém, a consulta de Piovesan (2000) e Steiner (2000). Além dos seguintes julgados do STF: HC 87585/TO julgado em 03/12/2008 e HC 88240/SP julgado em 07/10/2008.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA



AEP II

ASSESSORIA ESPECIAL DA PRESIDÊNCIA
- INSTITUCIONAL -

ASCOM

ASSESSORIA DE COMUNICAÇÃO