ISSN 1413-3873

REVISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Órgão Cultural do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

Repositório autorizado
de jurisprudência dos Egrégios

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
e
SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro n. 54 out./dez. 2014

REVISTA
DO
MINISTÉRIO PÚBLICO

ISSN 1413-3873

REVISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Repositório autorizado de jurisprudência
do Egrégio Supremo Tribunal Federal
Registro nº 25/99, de 22/04/1999
DJU nº 72, de 16/04/1999, p.1

Repositório autorizado de jurisprudência
do Egrégio Superior Tribunal de Justiça
Registro nº 37
Portaria nº 1, de 26/10/1998
DJU de 05/11/1998, p.137
Registro retificado
Portaria nº 9, de 14/06/1999
DJ 22/06/1999

Circulação Nacional

Os acórdãos estampados reproduzem integralmente o material coligido na *Revista Trimestral de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e na Revista do Superior Tribunal de Justiça.*

Tiragem: 3000 exemplares

Catalogação na publicação - Biblioteca Clóvis Paulo da Rocha / MPRJ

Revista do Ministério Público / Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. - Vol. 1, n.1 (jan./jun. 1995)- . - Rio de Janeiro: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, 1995 - v. ; 23 cm
Trimestral

1995-2013 (1 - 50)
2014 (51,52,53,54)

ISSN 1413-3873

1. Direito - Periódicos. I. Rio de Janeiro (Estado). Ministério Público.

CDD 340.05
CDU 34(05)

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

ISSN 1413-3873

REVISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO

(Art. 168 da Lei Complementar nº 106, de 03 de janeiro de 2003)

Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro n. 54 out./dez. 2014

REVISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Diretor da Revista do Ministério Público
Emerson Garcia

Vice-Diretor
Robson Renault Godinho

Diretor Honorário
Sergio Demoro Hamilton

Editoração Eletrônica
Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

Revisão Ortográfica
Lorena Andrade de Tavares

A responsabilidade dos trabalhos publicados é exclusivamente de seus autores.

Pede-se permuta
On demande l'échange
We ask for exchange

Redação e Administração
Av. Marechal Câmara, 370 - 3º andar, Centro, Rio de Janeiro, RJ, CEP 20020-080, telefones/Fax (0xx21) 2219.3370 e (0xx21) 2219.3371 (Direção), *para onde deve ser dirigida toda correspondência.*

Endereço na Internet:
www.mprj.mp.br
e-mail: revista@mprj.mp.br

Procuradoria-Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
(Em 31.12.2014)

Procurador-Geral de Justiça
Marfan Martins Vieira

Subprocurador-Geral de Justiça de Administração
José Eduardo Ciotola Gussem

Subprocurador-Geral de Justiça de Assuntos
Institucionais e Judiciais em exercício
Ertulei Laureano Matos

Subprocurador-Geral de Justiça de Planejamento Institucional
Eduardo da Silva Lima Neto

Subprocurador-Geral de Justiça
de Direitos Humanos e Terceiro Setor
Ertulei Laureano Matos

Secretário-Geral do Ministério Público
Dimitrius Viveiros Gonçalves

Corregedoria-Geral do Ministério Público

Corregedor-Geral do Ministério Público
Pedro Elias Erthal Sanglard

Subcorregedor-Geral
Dennis Aceti Brasil Ferreira

Subcorregedora-Geral
Márcia Álvares Pires Rodrigues

Nota: Dados colhidos no *Diário Oficial* em 31-12-2014.

Órgão Especial do Colégio de
Procuradores de Justiça
(Em 31.12.2014)

MARFAN MARTINS VIEIRA
Presidente

PEDRO ELIAS ERTHAL SANGLARD
Corregedor-Geral

Membros natos	**Membros eleitos**
Carlos Antonio da Silva Navega	Walberto Fernandes de Lima
Maria Cristina Palhares dos Anjos Tellechea	Claudia Mª Macedo Perlingeiro dos Santos
Dalva Pieri Nunes	Márcia Álvares Pires Rodrigues
Hugo Jerke	Marcelo Daltro Leite
Adolfo Borges Filho	Dirce Ribeiro de Abreu
Fernando Chaves da Costa	Kátia Aguiar Marques Selles Porto
Ertulei Laureano Matos	Patrícia Silveira da Rosa
Luiza Thereza Baptista de Mattos	Maria Luiza de Lamare São Paulo
Márcio Klang	Joel Tovil
Sérgio Bastos Vianna de Souza	Sumaya Therezinha Helayel

Conselho Superior do Ministério Público
(Em 31.12.2014)

MARFAN MARTINS VIEIRA
Presidente

PEDRO ELIAS ERTHAL SANGLARD
Corregedor-Geral

Titulares Eleitos

Pelos Procuradores de Justiça	**Pelos Promotores de Justiça**
Antonio Carlos da Graça de Mesquita	Alexandre Araripe Marinho
Rogério Carlos Scantamburlo	Anna Maria Di Masi
Marlon Oberst Cordovil	Cristina Medeiros da Fonseca
Alexandre Viana Schott	Cláudio Henrique da Cruz Viana

Nota: Composições fornecidas pela Secretaria dos Órgãos Colegiados.

Associação do Ministério Público
do Estado do Rio de Janeiro

Luciano Oliveira Mattos de Souza
Presidente

Caixa de Assistência do Ministério Público
do Estado do Rio de Janeiro

Arthur Pontes Teixeira
Diretor-Presidente

Fundação Escola Superior do Ministério Público
do Estado do Rio de Janeiro

Karine Susan Oliveira Gomes de Cuesta
Diretora-Presidenta

Centro dos Procuradores de Justiça
do Estado do Rio de Janeiro

Maria do Carmo dos Santos Casa Nova
Presidenta

Sicoob Coomperj

Luiz Antônio Ferreira de Araújo
Presidente

Nota: Composição das entidades em 31.12.2014

SUMÁRIO

Doutrina

Alexander Araujo de Souza - Ministério Público: de Onde Vim, Quem Sou, para Onde Vou? 3

André Luiz de Souza Cruz - Desaparecimento: entre o Direito de Liberdade e a Dignidade da Pessoa Humana 33

Arion Sayão Romita - Princípios Jurídicos no Direito Romano? 55

Bárbara Nascimento - Imperadores da Informação: Poder e Censura na Internet 93

Bruno dos Santos Guimarães - O Pós-Positivismo e as suas Razões – Pequeno Ensaio Expositório. Uma Breve Análise das Fontes Básicas do Direito 109

Emerson Garcia - Aferição da Proporcionalidade da Pena Cominada à infração penal: uma interpretação constitucionalmente (in)correta 125

Gustavo Tepedino - O Princípio da Função Social no Direito Civil Contemporâneo 141

Marcelo Novelino - O STF e a Opinião Pública 155

Marcelo Daltro Leite - Ação Coletiva de Greve 181

Ricardo Diego Nunes Pereira - Direito Judicial Criativo (para uma Teoria Prática do Direito) 193

Observatório Jurídico

Ives Gandra da Silva Martins - O Acesso à Informação Prevista em Lei é Geral e Irrestrito? – Não 207

Claudio Tenorio Figueiredo Aguiar - Legitimidade Ativa do PGJ do Ministério Público Estadual para o Controle Concentrado de Constitucionalidade em Abstrato perante o STF uma Vez Demonstrado o Interesse Regional ou Local a Ser Tutelado 211

Monografia

Bruno de Sá Barcelos Cavaco - Breves Apontamentos sobre o PL 7.169/14 da Câmara dos Deputados e a Sistematização da Mediação no Ordenamento Brasileiro 225

Peças Processuais

Pareceres

Emerson Garcia - Representação de Inconstitucionalidade. Lei Complementar nº 4/2008, do Município de Barra do Piraí, que alterou o Plano Diretor sem assegurar qualquer espécie de participação popular. Violação ao princípio da gestão democrática e participativa que se extrai do art. 359, *caput*, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro. Parecer pela declaração de inconstitucionalidade da lei impugnada, com a correlata repristinação da legislação revogada 265

Luiz Roldão de Freitas Gomes Filho - Arguição de Inconstitucionalidade. Lei nº 1.390/2004, do Município de Arraial do Cabo, que institui "alvará para barcos de turismo" mediante pagamento de taxa anual. Cláusula de Reserva de Plenário prevista no artigo 97 da Carta Magna. Competência da União para explorar e legislar privativamente sobre navegação marítima e regime dos portos (arts. 21, XII, d e f, e 22, X, da CF). Taxa que só pode ser instituída em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição (art. 145, II, CF). Parecer pelo acolhimento do incidente, com eficácia exclusivamente endoprocessual 271

Marcelo Daltro Leite - Ação direta de inconstitucionalidade da Lei Estadual nº 6.528/2013. Norma que esclarece conceitos jurídicos indeterminados constantes das normas constitucionais federal e estadual, as quais dispõem sobre o direito fundamental de reunião. Direito de reunião como expressão coletiva do direito de livre expressão de pensamento. Constitucionalidade da norma que veda o uso de meios para encobrir o rosto, posto que este é o elemento de identificação da pessoa por excelência. Improcedência dos pedidos iniciais formulados em ambas as representações. Declaração de constitucionalidade da Lei Estadual n. 6.528/2013 277

Marcellus Polastri Lima - Parecer do Ministério Público. Associações para o tráfico com outros grupos preexistentes. Crime organizado horizontalmente. Condenação pela prática de várias associações 297

Sávio Renato Bittencourt Soares Silva - Apelação. Adoção por tio-avô, que já tem paternidade socioafetiva com o adolescente, preservando-se o poder familiar da genitora biológica. Inexistência de nulidade na prolação de sentença por juiz removido. Ausência de prejuízo. Juiz lotado na comarca que ratificou a sentença em Sede de juízo de retratação. Estudos social e psicológico que demonstram o forte vínculo entre requerente e o adolescente, tal qual pai e filho. Paternidade socioafetiva configurada. Regularização que traz benefícios para o adolescente. Dignidade da pessoa humana. Direitos prioritários. Parecer pelo conhecimento e desprovimento do recurso 309

Sérgio Bumaschny - Direito Constitucional. Ação Direta de Inconstitucionalidade tendo por objeto Lei do Estado do Rio de Janeiro que impõe aos contribuintes, como condição para a obtenção de incentivos ou isenções fiscais junto à Fazenda Pública fluminense, a reserva de dez por cento das vagas de seus quadros de funcionários ao primeiro emprego..... 327

Jurisprudência

Supremo Tribunal Federal

Jurisprudência Criminal

Processo – Duplicidade – Sentenças condenatórias. Os institutos da litispendência e da coisa julgada direcionam à insubsistência do segundo processo e da segunda sentença proferida, sendo imprópria a prevalência do que seja mais favorável ao acusado. (*Habeas Corpus* 101.131 - DF, Primeira Turma, *RTJ* 223, pp. 370-395)..... 337

Jurisprudência Cível

Direito administrativo. Transporte coletivo. Gratuidade para o idoso. Mandado de segurança concedido na origem. Dever de fiscalização e de expedição de norma pelo Estado. Ofensa à Constituição Federal não configurada.
Eficácia plena e aplicabilidade imediata do art. 230, § 2º, da Constituição Federal, que assegurou a gratuidade nos transportes coletivos urbanos aos maiores de 65 anos, reconhecida em precedente desta Corte (ADI 3.768/DF, rel. min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, *DJE* de 26-10-2007).
Possibilidade de o Poder Judiciário determinar, em casos excepcionais, que o Poder Executivo adote medidas que viabilizem o exercício de direitos constitucionalmente assegurados. Ofensa ao princípio da separação de poderes não configurada. Precedentes.
Agravo regimental conhecido e não provido. (Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 707.810 - RJ, Primeira Turma, *RTJ* 223, pp. 654-657)..... 365

Direito tributário – Lei interpretativa – Aplicação retroativa da Lei Complementar 118/2005 – Descabimento – Violação à segurança jurídica – Necessidade de observância da *vacatio legis* – Aplicação do prazo reduzido para repetição ou compensação de indébitos aos processos ajuizados a partir de 9 de junho de 2005.
Quando do advento da LC 118/2005, estava consolidada a orientação da Primeira Seção do STJ no sentido de que, para os tributos sujeitos a lançamento por homologação, o prazo para repetição ou compensação de indébito era de dez anos contados do seu fato gerador, tendo em conta a aplicação combinada dos arts. 150, § 4º; 156, VII; e 168, I, do CTN.
A LC 118/2005, embora tenha se autoproclamado interpretativa, implicou inovação normativa, tendo reduzido o prazo de dez anos contados do fato

gerador para cinco anos contados do pagamento indevido.
Lei supostamente interpretativa que, em verdade, inova no mundo jurídico deve ser considerada como lei nova.
Inocorrência de violação à autonomia e independência dos Poderes, porquanto a lei expressamente interpretativa também se submete, como qualquer outra, ao controle judicial quanto à sua natureza, validade e aplicação.
A aplicação retroativa de novo e reduzido prazo para a repetição ou compensação de indébito tributário estipulado por lei nova, fulminando, de imediato, pretensões deduzidas tempestivamente à luz do prazo então aplicável, bem como a aplicação imediata às pretensões pendentes de ajuizamento quando da publicação da lei, sem resguardo de nenhuma regra de transição, implicam ofensa ao princípio da segurança jurídica em seus conteúdos de proteção da confiança e de garantia do acesso à Justiça.
Afastando-se as aplicações inconstitucionais e resguardando-se, no mais, a eficácia da norma, permite-se a aplicação do prazo reduzido relativamente às ações ajuizadas após a *vacatio legis*, conforme entendimento consolidado por esta Corte no enunciado 445 da Súmula do Tribunal.
O prazo de vacatio legis de 120 dias permitiu aos contribuintes não apenas que tomassem ciência do novo prazo, mas também que ajuizassem as ações necessárias à tutela dos seus direitos.
Inaplicabilidade do art. 2.028 do Código Civil, pois, não havendo lacuna na LC 118/2005, que pretendeu a aplicação do novo prazo na maior extensão possível, descabida sua aplicação por analogia. Além disso, não se trata de lei geral, tampouco impede iniciativa legislativa em contrário.
Reconhecida a inconstitucionalidade do art. 4º, segunda parte, da LC 118/2005, considerando-se válida a aplicação do novo prazo de cinco anos tão somente às ações ajuizadas após o decurso da *vacatio legis* de 120 dias, ou seja, a partir de 9 de junho de 2005. Aplicação do art. 543-B, § 3º, do CPC aos recursos sobrestados.
Recurso extraordinário desprovido. (Recurso Extraordinário 566.621 - RS, Sessão Plenária, *RTJ* 223, pp. 540-576)..... 369

Superior Tribunal de Justiça

Jurisprudência Criminal

1. Direito Penal. Agravo em recurso especial. Admissão parcial do recurso. Interposição simultânea de agravo. Não cabimento. Súmulas n. 292-STF e 528-STF. Agravo não conhecido.
2. Direito Penal. Recurso especial. Tráfico de drogas. Divergência jurisprudencial. Violação ao art. 40, III, da Lei n. 11.343/2006. Não ocorrência. Utilização de transporte público. Dificuldade de fiscalização. Desnecessidade de oferecer a droga. Revisão de entendimento.
3. Imprescindibilidade de maior vulneração do bem jurídico tutelado. Proteção a locais com maior número de pessoas. Necessidade de comercialização. Precedentes do STF.
4. Utilização de táxi. Transporte público individual. Similar a carro privado. Situação que não se insere na incidência da causa de aumento.

5. Recurso especial improvido.
1. Não é cabível a interposição de agravo em recurso especial contra decisão que admite parcialmente o recurso especial, porquanto a controvérsia é encaminhada por inteiro à Corte Superior, que realizará, inevitavelmente, segundo juízo de admissibilidade sobre todos os temas apresentados no apelo especial. Não há, portanto, interesse recursal, incidindo, no caso dos Verbetes n. 292 e 528 da Súmula do Supremo Tribunal Federal.
2. Entendimento consolidado no Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a simples utilização de transporte público como meio para concretizar o tráfico de drogas, por si só, já caracteriza a causa de aumento, que não merece prevalecer.
3. As causas de aumento da pena estão relacionadas à maior vulneração do bem jurídico tutelado, devendo, portanto, ser levada em consideração a maior reprovabilidade da conduta, o que apenas se verifica quando o transporte público é utilizado para difundir drogas ilícitas a um número maior de pessoas. Precedentes do Supremo Tribunal Federal.
4. A conduta consistente na utilização de veículo táxi para transporte de droga, sem a comercialização para terceiros, não enseja a incidência de causa de aumento de pena do inciso III do art. 40 da Lei n. 11.434/2006, seja em razão de inexistência de aglomeração de pessoas a facilitar a dispersão da droga, seja porque a fiscalização de tal veículo é equiparada à do veículo particular, tratando-se, em regra, de transporte não simultâneo de pessoas.
5. Agravo não conhecido e recurso especial a que se nega provimento. (Recurso Especial n. 1.345.827-AC (2012/0203089-9), Quinta Turma, *RSTJ* 234, pp. 573-582)..... 409

Jurisprudência Cível

Recurso especial. Falta de prequestionamento. Violação do art. 535, I e II, do CPC. Não ocorrência. Recuperação judicial. Venda direta de imóvel aprovada pelos credores no plano de recuperação. Direito de preferência do locatário. Venda por decisão judicial. Não caracterização. Decadência. Necessidade de ciência inequívoca de todas as condições definitivas do negócio. Qualificação jurídica de fato delimitado na origem. Possibilidade. Desvio de finalidade e abuso de direito. Não ocorrência. Coisa julgada. Inexistência.
1. A falta de prequestionamento dos dispositivos apontados como violados impede o conhecimento do recurso especial quanto ao ponto.
2. Não há ofensa ao art. 535, I e II, do CPC quando o acórdão recorrido, integrado pelo julgado proferido nos embargos de declaração, dirime, de forma expressa, congruente e motivada, as questões suscitadas nas razões recursais.
3. A venda direta de imóvel decorrente do plano de recuperação judicial do locador, aprovado pelos credores e homologado pelo juiz, não caracteriza *venda por decisão judicial*, a que alude o art. 32 da Lei n. 8.245/1991. Assim, deve ser respeitado o direito de preferência do locatário, previsto no art. 27 do mesmo diploma legal.
4. A contagem do prazo decadencial para o exercício do direito de preferência somente tem início com a ciência inequívoca de todas as condições definitivas

do negócio a ser realizado com terceiro.
5. "*Não ofende o princípio da Súmula n. 7 emprestar-se, no julgamento do especial, significado diverso aos fatos estabelecidos pelo acórdão recorrido. Inviável é ter como ocorridos fatos cuja existência o acórdão negou ou negar fatos que se tiveram como verificados*" (AgRg nos EREsp n. 134.108-DF, Corte Especial, DJ de 16.8.1999).
6. A manifestação da locatária no sentido de refinanciar o imóvel não configura desvio de finalidade do instituto da preferência ou mesmo abuso de direito.
7. Inexiste coisa julgada quando a decisão anterior não apreciou a questão do direito de preferência.
8. Recurso especial parcialmente conhecido e provido. (Recurso Especial n. 1.374.643-RJ (2013/0076548-3), Terceira Turma, *RSTJ* 235, pp. 315-337)..... 419

Alienação fiduciária em garantia. Recurso especial representativo de controvérsia. Art. 543-C do CPC. Ação de busca e apreensão. Decreto-Lei n. 911/1969. Alteração introduzida pela Lei n. 10.931/2004. Purgação da mora. Impossibilidade. Necessidade de pagamento da integralidade da dívida no prazo de 5 dias após a execução da liminar.
1. Para fins do art. 543-C do Código de Processo Civil: "Nos contratos firmados na vigência da Lei n. 10.931/2004, compete ao devedor, no prazo de 5 (cinco) dias após a execução da liminar na ação de busca e apreensão, pagar integralidade da dívida - entendida esta como os valores apresentados e comprovados pelo credor na inicial -, sob pena de consolidação da propriedade do bem móvel objeto de alienação fiduciária".
2. Recurso especial provido. (Recurso Especial n. 1.418.593-MS (2013/0381036-4), Segunda Seção, *RSTJ* 235, pp. 225-253)..... 439

Noticiário

Alexandre Araripe Marinho Assume Interinamente a Procuradoria-Geral de Justiça..... 469

Marfan Martins Vieira é o Mais Votado em Eleição para a Formação da Lista Tríplice para a Escolha do Procurador-Geral de Justiça..... 471

O Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro Presta Homenagens no Dia Nacional do Ministério Público..... 473

Índice Alfabético-Remissivo..... 475

DOUTRINA

MINISTÉRIO PÚBLICO: DE ONDE VIM, QUEM SOU, PARA ONDE VOU?

ALEXANDER ARAUJO DE SOUZA*

Sumário: I Introdução. II Origens e nascimento do Ministério Público; III A consolidação do Ministério Público e a ulterior expansão do modelo "napoleônico" de *Parquet*; IV O hodierno Ministério Público como instituição de garantia e a perspectiva de expansão de suas funções relativamente à tutela dos direitos transindividuais e no cenário transnacional; V Conclusões.

I Introdução.

O presente trabalho pretende ilustrar as origens, a evolução, a consolidação e a atual configuração do Ministério Público nas hodiernas democracias constitucionais, bem como as perspectivas sobre o futuro de suas atribuições. O estudo não se volta a um ordenamento jurídico em particular, centrando-se, porém, nos modelos de Ministério Público da família romano-germânica, sendo esta instituição inequivocamente herdeira desta tradição, independentemente do país em que estruturada. O intuito, porém, não é o de questionar ou mesmo de colocar à prova a legitimidade das funções que são atribuídas ao Ministério Público nos mais diferentes sistemas jurídicos, mas apenas de constatar como a instituição se originou, como evoluiu e para que direções tendem a se expandir as funções que lhe vêm sendo atribuídas.

Almeja-se, assim, contribuir minimamente para a compreensão e para o debate a respeito de como o Ministério Público deve atualmente ser configurado, bem como a respeito do que se pode esperar da instituição que atualmente se vê incumbida, em muitos ordenamentos jurídicos, da tutela judicial e extrajudicial dos interesses sociais.

II Origens e nascimento do Ministério Público.

Nas pesquisas históricas a respeito das origens do Ministério Público, a fim de que se delimite com precisão o objeto a ser estudado, devem-se colocar em evidência as inevitáveis questões relativas àquilo que devam ser as suas funções essenciais, não obstante a diversidade de atribuições que possui atualmente o Ministério Público nos mais variados ordenamentos jurídicos das chamadas família romano-germânica e família de *common law*[1]. Desta

* Doutor em Direito Penal e Filosofia do Direito pela *Università degli Studi Roma Tre*. *Master in Giurista europeo* pela *Università degli Studi Roma Tre*. Mestre em Direito Processual pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Promotor de Justiça no Estado do Rio de Janeiro.

[1] Sobre o conceito e as características da chamada família romano-germânica em contraposição à

maneira, mostra-se imprescindível perquirir quais funções foram atribuídas à instituição que se tornou o hodierno Ministério Público, do momento histórico em que se verificou o seu nascimento e durante o seu (ainda não concluído) processo evolutivo.

Ao se pesquisar as origens do Ministério Público se mostra equivocado retroceder aos sistemas pré-modernos, seja da antiguidade grega ou romana ou mesmo da alta Idade Média[2]. Ainda que em algumas instituições da antiguidade se possam encontrar algumas funções em matéria penal que ulteriormente se transformaram naquelas hoje exercidas pelo Ministério Público, falta àquelas instituições, todavia, o nexo que atualmente se verifica entre o Ministério Público e os demais poderes do Estado. Além disso, as instituições pré-modernas normalmente invocadas como predecessores do Ministério Público possuíam funções unicamente criminais, sendo desprovidas de atribuições cíveis, seja de intervenção nas causas dos cidadãos, seja relativamente à tutela dos direitos transindividuais, funções estas que se inserem naquelas consideradas essenciais ao Ministério Público contemporâneo.

Não obstante, há quem vislumbre os primeiros vestígios das atuais funções criminais do Ministério Público nas atividades que eram levadas a cabo pelos *tesmótetas* gregos[3]. Contudo, no sistema processual existente no período da Grécia antiga, o direito de acusar pertencia aos cidadãos, os quais o exerciam em nome da *Polis*[4] (mesmo existindo delitos "de ação pública" e

família de *common law*, veja-se R. David-C. Jauffret-Spinosi, *Les grands systèmes de droit contemporains*, 11e édition, Paris, Dalloz, 2002, p. 25 s.; e ainda E. Örücü, *A general view of 'legal families' and of 'mixing systems'*, in E. Örücü-D. Nelken (edited by), *Comparative law. A Handbook*, Oxford-Portland-Oregon, Hart Publishing, 2007, p. 169 s. Na doutrina italiana, veja-se V. Varano-V. Barsotti, *La tradizione giuridica occidentale*, Volume I, terza edizione, Torino, Giappichelli, 2006, p. 103 s. Não obstante agrupados na mesma família, quanto às diferenças entre o direito romano e o direito germânico (ou dos "povos germânicos"), veja-se na doutrina alemã K. A. Schmidt von Ilmenau, *Prinzipieller Unterschied zwischen römischem und germanischem Recht* [Neudruck der Ausgabe Rostock 1853], Darmstadt, Scientia Verlag Aalen, 1964, p. 29 s.

[2] Como bem sublinhou G. Bortolotto, "è partendo dall'unilaterale concetto di riguardare l'istituto del Pubblico Ministero soltanto sotto l'aspetto e nella sola attività dell'esercizio dell'azione penale, che si son fatte risalire le indagini oltre il punto cui ragionevolmente poteano giungere, per trovare in un denunziatore o in un spia, in un inquisitore o in un giustiziere, il Ministero Pubblico, che invece è, senza dubbio, il portato d'un più ampio svolgersi di relazioni e di affari, e il risultamento di un'elaborazione storica ben più larga e complessa." (*Ministero Pubblico (materia penale)*, in *Il Digesto italiano*, Volume XV, parte seconda, Torino, UTET, 1904-1911, p. 526). No mesmo sentido, na doutrina espanhola, veja-se R. Martínez Dalmau, *Aspectos constitucionales del Ministerio Fiscal*, València, Tirant lo Blanch-Universitat de València, 1999, p. 27-28.

[3] Vislumbrando as origens do Ministério Público nos *tesmótetas* gregos, afirma A.-F. Le Sellyer: "Il est difficile de ne pas recconaître l'idée première du Ministère public dans l'usage qui existait à Athènes de désigner des orateurs chargés de souvenir, dans l'intérêt de la République, certaines accusations; c'est ainsi que de Démosthènes avait été nommé, dans une assemblée du peuple, pour accuser Aristogiton." (*Traité de l'exercice et de l'extintion des actions publique et privée*, tome I, Paris, A. Duran e Pedone-Laurien, 1874, p. 8).

[4] Neste sentido são as observações de L. Burkhardt: "Wichtig ist aber, daβ der Zugang zum Gericht jedem Bürger offenstand, ja daβ vom einzelnen Bürger sogar erwartet wurde, er möge sich im Interesse der Polis asl Popularkläger einsetzen: Darauf spielt die eingangs zitierte Äuβerung an." (*Das Volk als Richter. Politische Prozesse in Athen im 4. Jahrhundert v. Chr.*, in U. Manthe-J. von Ungern-Sternberg (Herausgeber), *Große Prozesse der römischen Antike*, München, C.H. Beck, 1997, p. 164). No mesmo sentido, na doutrina francesa, veja-se J. Gaudemet, *Institutions de l'Antiquité*, Paris, Montchrestien, 1969, p. 171.

delitos de "ação privada")[5], limitando-se a função dos *tesmótetas* a depositar uma "denúncia" perante o Senado ou a Assembleia do povo. Estes, por sua vez, designavam um cidadão para sustentar a acusação, não remanescendo com os *tesmótetas* quaisquer encargos subsidiários à ação[6]. Por este motivo, não se pode vislumbrar nestes funcionários da Grécia antiga o verdadeiro ancestral do hodierno Ministério Público, não obstante a etimologia da palavra grega *tesmótetas* (θεζμός, *lei*, e τιθεμι, *colocar, predispor*)[7] possa admitir a função de "custódia da lei", a qual, de acordo com alguns ordenamentos jurídicos da família romano-germânica, é inerente às atribuições do Ministério Público.

Tampouco romanas são as origens do Ministério Público[8]. De maneira semelhante ao sistema acusatório praticado na Grécia antiga, no aparato judiciário da República e do início do Império romano, ressalvadas as exceções relativas à incapacidade, o direito de acusar era exercido originariamente pelos cidadãos livres[9]. Porém, no evolver do processo penal da idade imperial, a *accusatio* se transformou em uma espécie de querela a ser ajuizada pelo titular do interesse lesado, desnaturando-se, assim, o princípio republicano segundo o qual a ação era ajuizada por qualquer cidadão do povo (*quivis ex populo*)[10]. Ao longo do tempo, quando as acusações privadas tornaram-se abusivas e despóticas, a pureza do primitivo sistema acusatório restou prejudicada e começaram a aparecer funcionários cuja atividade apresentava uma distante semelhança com aquelas hodiernamente conferidas ao Ministério Público. Foram criados,

[5] Porém, como sublinha E. Stolfi, "la distanza fra azione pubblica e privata è peraltro attenuato dal fatto che, come sappiamo, nell'esperienza processuale ateniese, anche la prima richiedeva necessariamente l'iniziativa di un cittadino, che si facesse carico dell'accusa: ma egli agiva non come titolare di un privato interesse che fosse stato leso, ma quale '*ho boulómenos*', ossia come componente del corpo civico che spontaneamente si assumesse la responsabilità di innescare un procedimento *lato sensu* politico." (*Introduzione allo studio dei diritti greci*, Torino, Giappichelli, 2006, p. 107).

[6] G. Bortolotto, *Ministero Pubblico (materia penale)*, cit., p. 527. No mesmo sentido, I. Penna Marinho, *Grandes julgamentos da Grécia antiga. Aspásia-Sócrates-Frinéia. Organização judiciária de Atenas e noções de direito processual ateniense*, Brasília, Horizonte, 1979, p. 50-51, o qual afirmou que "uma diferença essencial entre a organização da Justiça na Antiguidade e a dos países civilizados de nossos dias está em que, sobretudo em Atenas, não existia o chamado 'Ministério Público'." (*ivi*, p. 50).

[7] Assim, A. Da Bonavilla-M. A. Marchi (a cura di), *Dizionario etimologico di tutti i vocaboli usati in teologia, diritto canonico, storia e letteratura ecclesiastica, magia, divinazione, giurisprudenza e politica, che traggono origine dal greco* (vocábulo *tesmoteti*), Napoli, Stamperia della società filomatica, 1822, p. 113.

[8] No sentido do texto, dentre tantos, vejam-se: G. Bortolotto, *Ministero Pubblico (materia penale)*, cit., p. 527; J.-M. Carbasse, *Introduction*, in J.-M. Carbasse (sous la direction de), *Histoire du parquet*, Paris, PUF, 2000, p. 9; G. Leyete, *Les origines médiévales du ministère public*, in J.-M. Carbasse (sous la direction de), *Histoire du parquet*, Paris, PUF, 2000, p. 23; G. Keller, *Die Staatsanwaltschaft in Deutschland: ihre Geschichte, Gegenwart und Zukunft*, Wien, Wilhelm Braumüller,1866, p. 2; J.-L.-E. Ortolan-L. Ledeau, *Le Ministère public en France. Traité et code de son organisation, de sa compétence et de ses fonctions dans l'ordre politique, judiciaire et administratif*, Tome I, Paris, Fanjat Aîné, 1831, p. XX; J. Volff, *Le ministère public*, Paris, PUF, 1998, p. 11.

[9] Na doutrina alemã, neste sentido, veja-se T. Mommsen, *Römisches Strafrecht* (2. Neudruck der Ausgabe Leipzig 1899), Darmstadt, Scientia Verlag Aalen, 1990, p. 343-344; A. W. Zumpt, *Der Kriminalprozess der römischen Republik* (Neudruck der Ausgabe Leipzig 1871), Darmstadt, Scientia Verlag Aalen,1993, p. 35. Na doutrina francesa, veja-se igualmente J.-M. Carbasse, *Histoire du droit pénale et de la justice criminelle*, Paris, PUF, 2000, p. 36 s.

[10] Neste sentido, F. Botta, *Legittimazione, interesse ed incapacità all'accusa nei pubblica iudicia*, Cagliari, Edizioni AV, 1996, p. 107; S. Pietrini, *Sull'iniziativa del processo criminale romano (IV-V secolo)*, Milano, Giuffrè, 1996, p. 150-151.

por exemplo, os *advocati fisci*, que assistiam ao acusador no procedimento penal, inclusive nos casos em que o acusado tivesse sido processado por solicitação da autoridade pública[11]. Também nesta época surgiram os *procuratores Caesaris*, os quais eram funcionários que representavam o Imperador nas províncias e tinham, dentre outros encargos, a função de perseguir os criminosos e de investigar os crimes, mas também de julgar e fazer justiça em nome do Imperador. Dentre outros funcionários da idade imperial, podem-se citar ainda os *curiosi*, os *nuntiatores*, os *stationarii* - todos com funções militares[12] na repressão dos bandos de criminosos[13] –, e os *irenarchae*, tendo estes últimos a função de denunciar os crimes, prender os delinquentes e conduzi-los ao magistrado[14]. Já os chamados *duoviri*, os *praefecti urbi*[15], os *praefecti vigilum* – todos lotados na capital do Império – e os *presides* (lotados nas províncias) tinham o encargo de agir de ofício na repressão aos crimes e atuavam ao mesmo tempo como acusadores, como instrutores e como juízes. Desta maneira, estes funcionários representam uma primeira manifestação inquisitória no procedimento criminal da idade imperial[16], mas não os verdadeiros ancestrais do Ministério Público.

Após a queda do Império romano, tampouco na legislação dos povos bárbaros, seja com os "*conti*"[17] e os "*saïons*"[18], do período franco, ou com os

---

[11] Assim, G. Bortolotto, *Ministero Pubblico (materia penale)*, cit., p. 528.

[12] Relativamente às diversas funções dos *stationarii*, afirma T. Mommsen: "Die summarische Strafrechtspflege der *stationarii* ist indess auf die *curiosi*, so viel wir urtheilen können, nicht übergegangen; in den stark verkleinerten Provinzen hat das Eingreifen der Militärbehörden in die Strafjustiz wohl weiger als früher sich fühlbar gemacht." (*Römisches Strafrecht*, 2. Neudruck der Ausgabe Leipzig 1899, Darmstadt, Scientia Verlag Aalen, 1990, p. 321).

[13] Afirma S. Pietrini, comentando uma epístola do Imperador Constanzo do ano 355, que "non appare con sicurezza una competenza generale di tali funzionari imperiali nella repressione criminale quanto piuttosto un'attività volta alla repressione del brigantaggio, e, dunque, esercitabile solo contro coloro che mettevano in pericolo la sicurezza del traffico e la tranquillità nel territorio dell'Impero, sulle quali i *curiosi* (ispettori del servizio postale) e gli *stationarii* (militari distaccati nei punti d'incrocio delle grandi vie di comunicazione, in prossimità delle stazioni del *cursus publicus*) erano chiamati a vigilare." (*Sull'iniziativa del processo criminale romano (IV – V secolo)*, cit., p. 80-81). No mesmo sentido, sobre os *nuntiatores*, veja-se G. Keller, *Die Staatsanwaltschaft in Deutschland: ihre Geschichte, Gegenwart und Zukunft*, Wien, Wilhelm Braumüller,1866, p. 2.

[14] Neste sentido, G. Bortolotto, *Ministero Pubblico (materia penale)*, cit., p. 528.

[15] Sobre os *praefecti urbi*, acrescenta T. Mommsen: "Seiner Competenz nach ist er zunächst bestimmt, die Unfreien und überhaupt das Gesindel in der volkreichen Hauptstadt im Zaum zu halten und mehr die Coercition als die Judication auszuüben, wie denn selbst manche der von dieser Stelle erkannten Strafen, Geschäftssperrung und Schläge, den polizeilichen Charakter an sich tragen; es haben auch gewissenhafte Herrscher das Strafverfahren gegen Personen besserer Stände nicht an diese Stelle, sondern an das Hofgericht geleitet." (*Römisches Strafrecht*, cit., p. 272).

[16] Neste sentido, G. Bortolotto, *Ministero Pubblico (materia penale)*, cit., p. 528.

[17] Como ressalta G. Bortolotto, o *conte*, "oltre che le altre attribuzioni, ebbe anche incarichi giurisdizionali e talora egli faceva portar il processo dinanzi ai 'rachimburghi' e ne presiedeva l'adunanza, tal'altra perseguiva e giudicava da solo" (*Ministero Pubblico - materia penale*), cit., p. 531.

[18] Quanto às funções dos "*saïons*", afirmam J.-L.-E. Ortolan-L. Ledeau: "D'ailleurs quelles étaient les fonctions de ce saïon? En les étudiant aux sources premières, on demeure convaincu que ces fonctions, pour les causes civiles, n'étaient que celle d'une sorte d'huissier chargé de faire executer les sentences du juge, d'exiger le paiement des sommes dues, moyennant un salaire proportionnel payé par les parties. Quant aux jugemens criminels, le saïon était pareillement chargé de l'exécution; aussi en Espagne donne-t-on encore aujourd'hui le nome de *sayo* aux bouchers." (*Le Ministère public en France. Traité et code de son organisation, de sa compétence et de ses fonctions dans l'ordre politique, judiciaire et administratif*, cit., p. XXII-XXIII).

"*duchi*"[19] e os "*gastaldi*" do direito longobardo, pode-se encontrar o ancestral do Ministério Público. Em verdade, não obstante algumas funções exercitadas por aqueles funcionários se assemelhassem a algumas daquelas exercidas atualmente pelo Ministério Público na área penal, acumulavam aqueles muitas vezes funções judicantes, reflexo da confusão entre órgão promotor da ação penal e órgão judicante que se estabeleceu com a afirmação do processo de tipo inquisitório na baixa Idade Média.

Como afirma a maior parte dos estudiosos sobre o tema, as origens do hodierno Ministério Público remontam à Idade Média francesa, de fins do século XIII ao início do século XIV, nas jurisdições régias[20]. Na verdade, o seu "nascimento" ocorre quando o Estado absolutista em vias de consolidação demonstra a necessidade de uniformização e de certeza na aplicação do direito emanado do Rei. Deste modo, em um primeiro momento, o soberano, para defender os seus direitos patrimoniais, faz-se representar por um procurador perante os Juízes. Nascem assim os "*procureurs du roi*", primeiramente escolhidos dentre os que exerciam a advocacia privada, mas que, posteriormente, vieram a estruturar-se em verdadeiros funcionários estatais. A primeira referência organizativa[21] relativa aos *procureurs du roi* se deu com a Ordenação de 23 de março de 1302, de Felipe o Belo, o qual requeria o juramento de seus procuradores, além de várias garantias que assegurassem a retidão e o escrúpulo dos atos de seus subalternos: "*Volumus quod procuratores nostri iurent secundum formam... quod in causis quas nostro nomine durent contra quascumque personas, iurent de calumnia, prohibentes expresse ne dicti procuratoris nostri de causis alienis se intromitant*".

As funções iniciais dos "*procureurs du roi*" consistiam na tutela dos direitos patrimoniais da coroa[22]. Contudo, à medida que se expandia a concepção segundo a qual a persecução dos delitos não dizia respeito somente aos interesses privados, mas também ao interesse da coroa – inicialmente com relação à execução das penas pecuniárias criminais[23] –, as atribuições do

[19] Afirma G. Bortolotto que "il 'duca' era il primo magistrato dell'epoca longobarda, ma esso combinava funzioni giudicanti, inquisitoriali, di esecuzioni, giacché dovea scoprir i rei di magìa, sciogliere i matrimoni illecitamente contratti, far pagare il guidrigildo, le composizioni e le multe, punire gli adulterî e i furti e tener le carceri nel proprio castello." (*Ministero Pubblico - materia penale*, cit., p. 530).

[20] Assim, dentre tantos, J. Bécot, *De l'organisation de la justice répressive aux principales époques historiques*, Paris, Auguste Durand, 1860, p. 231-232; J.-M. Carbasse, *Histoire du droit pénale et de la justice criminelle*, Paris, PUF, 2000, p. 133.

[21] Todavia, como ressalta J.-M. Carbasse, a primeira menção aos *procureurs* aparece incidentalmente em 1278: "C'est au tournant des XIII[e] siècle, dans le jurisdictions royales ordinaries, qu'est apparu le ministère public. À cette époque en effet, certains 'procureurs' – ce terme désignait les praticiens chargés par les parties de rédiger les actes de procédure et de suivre les procés pour leur compte – se spécialisent dans la défense de droits du roi devant ses propres tribunaux. La première mention, à vrai dire purement incidente, d'un 'procureur du roi' apparaît dans les *Olim* en 1278; autour des années 1300, l'expression 'notre procureur' devient de plus en plus fréquente, la grande ordonnance de réformation de mars 1303 donnant enfin à la fonction une existence officielle." (*Histoire du droit pénale et de la justice criminelle*, cit., p. 133-134).

[22] Neste sentido, S. Dauchy, *De la défense des droits du roi et du bien commun à l'assistance aux plaideurs: diversité de missions du ministère public*, in J.-M. Carbasse (sous la direction de), *Histoire du parquet*, Paris, PUF, 2000, p. 56.

[23] Assim, F. Hélie, *Traité de l'instruction criminelle*, première partie, Paris, Charles Hingay, 1845, p.

procureur passaram a comportar também a repressão dos comportamentos delituosos[24]. Desta maneira, já no início do século XIV se constatava que os *procureurs* possuíam funções criminais[25], as quais foram progressivamente reforçadas durante os séculos XVI e XVII[26]. Um claro exemplo se deu com o *procurator curie ad excessos corrigendos deputatus*, instituído em Reims em 1329, que foi encarregado da persecução dos delitos *ex officio*[27]. Portanto, e por mais paradoxal que possa parecer, pode-se afirmar que o nascimento do Ministério Público - que será o futuro artífice do sistema acusatório público - verificou-se durante o sistema inquisitório, passando a traduzir uma visão não mais privada do processo penal[28]. Não obstante, deve-se registrar que até o final do *Ancien Régime*, os "*procureurs du roi*" não eram indispensáveis ao exercício da ação penal, a qual poderia ser promovida pelo próprio Juiz, pois no sistema inquisitório existia um evidente sufocamento, por parte do Juiz, relativamente ao exercício da ação penal por parte de um órgão diverso deste[29].

Igualmente a atividade do Ministério Público relativamente à investigação preliminar dos fatos delituosos encontra a sua concepção embrionária nas atribuições dos procuradores do rei franceses. De fato, a preocupação com a existência de uma espécie de "investigação preparatória" ao exercício da ação penal - investigação que, porém, somente se desenvolverá

472-473. Sobre este aspecto, o Advogado Geral da Corte Imperial de Amiens, J. Bécot, afirmou: "Les rois, qui pouvaient avoir des intérêts privés à défendre, constituaient, comme les particuliers, des procureurs pour les représenter et des avocats pour plaider en leur nom. Il les chargeaient aussi de recouvrer les amendes prononcées par les justices royales. Pour assurer les recouvrements, ces agents surveillaient d'abord les procès criminels qui s'élevaient sur les domaines de leurs maîtres; puis l'intérêt fiscal les porta à provoquer les poursuites; puis ils se commençèrent à s'en mêler; puis ils les prirent en main, toujours au nom du roi." (*De l'organisation de la justice répressive aux principales époques historiques*, cit., p. 232-233).

[24] Neste sentido, G. Stefani-G. Levasseur-B. Bouloc: "En France, dès le XIII[e] siècle, dit Faustin-Hélie, 'il existait autour des différentes juridictions, une classe nombreuse d'agents, les *procurators*, qui prenaient la mission de représenter les parties devant la justice; les seigneurs utilisaient eux-mêmes un 'procureur' pour la défense de leurs intérêts fiscaux et les rois firent de même'. Le milieu du XIV[e] siècle trouve le 'procureuer du roi' définitivement installé dans notre procédure pénale. C'est à lui qu'incombe alors le soin de déclencher la poursuite indépendamment de tout accusateur privé (Ord. 28 décembre 1355). Ainsi est née de l'usage, au moment de l'extension de l'autorité royale, l'institution d'un accusateur spécialisé, chargé de représenter objectivement l'intérêt social et appelé le *ministre public*." (*Procédure pénale*, 18[e] édition, Paris, Dalloz, 2001, p. 46-47).

[25] Segundo J.-M. Pardessus, e com relação ao parlamento de Paris, "le plus ancien document de la collection des Ordonnances, où nous trouvions constatée l'action en matière criminelle du procureur du roi près le parlement, son des lettres du mois du février 1335 (II, 106)." (*Essai historique sur l'organisation judiciaire et l'administration de la justice depuis Hugues Capet jusqu'à Louis XII*, Paris, Auguste Durand, 1851, p. 194).

[26] M.-Y. Crépin, *Le rôle pénal du ministère public*, in J.-M. Carbasse (sous la direction de), *Histoire du parquet*, Paris, PUF, 2000, p. 77.

[27] Assim, G. Leyete, *Les origines médiévales du ministère public*, in J.-M. Carbasse (sous la direction de), *Histoire du parquet*, Paris, PUF, 2000, p. 42.

[28] G. Leyete, *Les origines médiévales du ministère public*, cit., p. 31.

[29] De acordo com o texto, dentre outros, G. Alessi, *Il processo penale. Profilo storico*, seconda edizione, Roma-Bari, Laterza, 2009, p. 109; J. Bécot, *De l'organisation de la justice répressive aux principales époques historiques*, cit., p. 234; M. Chiavario, *Diritto processuale penale. Profilo istituzionale*, quarta edizione, Torino, UTET, 2009, p. 122; J.-M. Carbasse, *Introduction*, cit., p. 11; M.-Y. Crépin, *Le rôle pénal du ministère public*, cit., p. 77.

no início do século XIX, com a artificial criação do sistema "misto" – remonta a uma Ordenação francesa de 22 de novembro de 1371[30], de acordo com a qual nenhum súdito poderia ser perseguido sem que as devidas informações fossem anteriormente colhidas pelo *procureur*. Dois séculos mais tarde, uma outra Ordenação de 1579 determinava que "*les procureurs généraux en Cour de Parlement et leurs substituts en chacun siège et semblablement les procureurs fiscaux des seigneurs sont tenus de faire diligente poursuite et recherche des crimes sans attendre qu'il y ait instigateur, dénonciateur ou partie civile*". Todavia, devido à afirmação do procedimento inquisitorial, no qual o Juiz possui um papel predominante na colheita dos indícios relativos à prática dos crimes, e também em razão das dificuldades inerentes à inefetividade da atividade policial[31], teve-se de esperar ainda mais dois outros séculos até que o *Code d'instruction criminelle* de 1808, não obstante a criação da figura do *Juiz instrutor*, viesse a atribuir de maneira concreta ao Ministério Público a coordenação da atividade investigatória preliminar[32].

Ainda no século XIV, as funções dos procuradores do rei começam a se desenvolverem outra direção, tendo como fundamento os conceitos de "*interesse general*" e de "*bem comum*"[33], na forma de intervenções nas causas privadas dos cidadãos. Desta maneira, tornaram-se representantes do chamado *interesse público* (em sua acepção incipiente) e passaram, portanto, a desempenhar uma função de proteção das pessoas hipossuficientes ou com alguma carência[34]. Os procuradores do rei, desta forma, representavam o soberano e eram ao

[30] Neste sentido, F. Hélie: "Enfin, une ordonnance du 22 novembre 1371 commence par rappeler dans son préambule: '*que par ordenances royaulz anciennes et notorie fust jà pieçà ordené que aucuns procurateurs royaulx ne metroient alcunes personnes quelxconques en cause ou en procès, jusques à ce que informacions deues et convenables seroient premièrement et avant toute œuvre faictes sur les faiz et articles qui vendroient à leur cognoissance, et que icelles informacions seroient veues et examinées à bonne délibéracion par les bailliz ou autres juges ordinaires des lieux, présens et appelez les dits procureurs royaulx et les conseillers et advocats étant es diz bailliages;*' elle constate ensuite que cette marche n'est plus suivie; '*que noz procureurs et plusieurs leurs substituts, depuis dix ans en çà ou eviron, tant en leur nom comme à requeste de plusieurs personnes adjointes avecques iceux, ont commencié plusieurs causes et procès contre plusieurs personnes, sans informacions sur ce deuement faictes;*' et pour rémedier à cet abus elle prescrit qu'il soit mandé: '*à tous noz baillis, receveurs et procureurs, leurs lieutenans et substituts, que aucuns de noz subgez ne soit désormais mis en cause contre alcun de noz procureurs, sanz informacion faicte deuement*'." (*Traité de l'instruction criminelle*, cit., p. 468-469).

[31] Sobre a ausência de uma efetiva atividade policial, afirma J.-M. Carbasse: "Quant au parquet, sans doute avait-il mission de rechercher tous les crimes pour les punir au nom du roi. Mais, outre que son information était forcément très limitée du fait de l'absence de police sur la plus grande partie du territoire, comment ne pas penser que le magistrats du ministère public ont plus d'une fois fermé les yeux devant des pratiques qui, au fond, assuraient elles aussi, d'une certaine manière, l'ordre et la sécurité, pour consacrer leurs efforts à la répression des plus grands crimes? Il est en tout cas certain que beaucoup de conflits échappaient aux tribunaux et que, bien plus encore que de nos jours, la criminalité officiellement réprimée ne constituait qu'une petite partie de la criminalité réelle." (*Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, cit., p. 189).

[32] O art. 22 do *Code d'instruction criminelle* de 1808 dispunha: "Les procureurs impériaux sont chargés de la recherche et de la poursuite de tous les délits dont la connaissance appartient aux tribunaux de police correctionnelle, ou aux cours speciale, ou aux cours d'assises.".

[33] Assim, S. Dauchy, *De la défense des droits du roi et du bien commun à l'assistance aux plaideurs: diversité de missions du ministère public*, cit., p. 68; e R. Martínez Dalmau, *Aspectos constitucionales del Ministerio Fiscal*, cit., p. 38-39.

34 No sentido do texto, M. Battista, *Ministero Pubblico (materia civile)*, in *Il Digesto italiano*, Volume XV, parte seconda, Torino, UTET, 1904-1911, p. 514.

mesmo tempo investidos de um "*ministério público de justiça*", tendo o encargo de intervir nas causas judiciárias para proteger os considerados mais fracos (como os órfãos, as viúvas e as chamadas *miserabiles personae*)[35], bem como assegurar a paz pública. Contudo, a intervenção dos procuradores visava em última análise a defesa das prerrogativas da coroa: somente era possível a intervenção a favor dos considerados hipossuficientes se não houvesse contradição com os interesses régios[36]. Deve-se registrar que estas funções de proteção dos hipossuficientes exercidas pelos *procureurs du roi* colaboraram, sem dúvida, com o desenvolvimento da teoria sobre a soberania, sobre as prerrogativas do soberano, bem como com a reflexão sobre o fato de a justiça constituir um "serviço público". Registre-se, porém, que com a superveniência da Revolução de 1789, não mais existindo o interesse da coroa a proteger, os *procureurs* foram privados da *voie d'action*, mas continuaram a intervir nas causas relativas aos menores, às interdições, aos ausentes e, em geral, naquelas concernentes ao interesse público[37]. Esta obrigação de intervenção nas causas cíveis foi, inclusive, reforçada e formalmente institucionalizada pelo Código de processo civil napoleônico de 1807[38].

Portanto, as origens do atual Ministério Público remontam ao nascimento do Estado moderno francês. A propósito, também da legislação francesa vêm as denominações ainda hoje utilizadas "*Magistrats debout*", "*Magistrats du parquet*" e "*Procureurs fiscaux*". A primeira, "*magistrats debout*", vem do fato de que os procuradores se alçavam e ficavam de pé nas audiências para apresentarem as suas requisições[39]. Já o apelativo *magistrats du parquet* (que se tornou usual somente no final do século XVII) vem da referência ao espaço ocupado pelos

---

[35] Neste sentido, J.-M. Carbasse, *Histoire du droit pénale et de la justice criminelle*, cit., p. 134; e S. Dauchy, *De la défense des droits du roi et du bien commun à l'assistance aux plaideurs: diversité de missions du ministère public*, cit., p. 71.

[36] Veja-se, neste sentido, a afirmação de S. Dauchy: "Il apparaît néanmoins que la préoccupation majeure du parquet est et demeure la préservation et l'extension des droits et prérogatives du roi et de la couronne. L'assistence qu'il prête aux plaideurs peut dès lors se révéler à double tranchant. Elle sera efficace tant que les droit du roi – ou l'intérêt public – et ceux des particuliers demeurent concordants. Si, au contraire, ils s'opposent, l'adjonction du procureur du roi peut limiter la liberté d'action de la partie qui voudrai régler son différend par une transaction ou un arbitrage tout comme elle devient aussi un obstacle pour celui qui souhaite engager un recours extraordinaire." (*De la défense des droits du roi et du bien commun à l'assistance aux plaideurs: diversité de missions du ministère public*, cit., p. 74).

[37] Assim, E. De Mari, *Le parquet sous la Révolution*, in J.M. Carbasse (sous la direction de), *Histoire du parquet*, Paris, PUF, 2000, p. 225.

[38] O art. 83 do *Code de procédure civile* dispunha : "Seront communiquées au procureur impérial les causes suivantes: 1°. Celles qui concernent l'ordre public, l'État, le domaine, les communes, les établissemens publics, les dons e legs au profit des pauvres; 2°. Celles qui concernent l'état des personnes et les tutelles; 3°. Les déclinatoires sur incompetence; 4°. Les réglemens de juges, les récusations et renvois pour parenté et alliance; 5°. Les prises à partie; 6°. Les causes des femmes non autorisées par leurs maris, ou même autorisées, lorsqu'il s'agit de leur dot et qu'elles sont mariées sous le régime dotal; les causes des mineurs, et généralement toutes celles où l'une des parties est défendue par un curateur; 7°. Les causes concernant ou intéressant les personnes présumées absentes. Le procureur impérial pourra néanmoins prendre communication de toutes les autres causes dans lesquelles il croira son ministère nécessaire; le tribunal pourra même l'ordonner d'office.".

[39] G. Stefani-G. Levasseur-B. Bouloc, *Procédure pénale*, cit., p. 133.

procuradores, o qual consistia em um pavimento (*parquet*, em língua francesa)[40]. Outro epíteto do Ministério Público, "*Fiscal*"[41] - bastante comum na Espanha e na América espanhola - remonta ao "*procureur fiscal*", o qual pertencia não à jurisdição do rei, mas à jurisdição dos "senhores" (senhorial), e tinha como incumbência defender as lucrativas atividades fiscais destes[42].

O modelo francês dos *procureurs du roi*, em torno da metade do século XV e até o início do século XVI, disseminou-se nos Estados absolutistas consolidados ou em vias de consolidação da Europa continental. Funcionários com funções similares àquelas exercidas pelos procuradores do rei, mas com determinadas particularidades, foram criados em vários reinos europeus. Por exemplo, no século XV, nos Estados germânicos, apareceram os "*Pfleger*", os "*Amtmann*", os "*Vogt*", os "*Malefizprokurator*"[43] e, nos reinos de Brandenburgo-Prussia e de Hessen, o "*Fiskalat*"[44]. No mesmo século, nos Países Baixos, foi instituído um procurador similar denominado *Baiulo*[45]. Na península italiana, podem-se mencionar os *Conservatori delle leggi* de Florença e os *Avogadori del Comune* da República de Veneza[46]. Nos já consolidados e unificados reinos da península

[40] Porém, como adverte J.-M. Carbasse, o termo *Parquet* "n'a pris son sens actuel qu'à la fin du XVII[e] siècle; il désignait originellement le lieu clos (petit parc) dans lequel se réunissaient les juges; puis la chambre réservée aux gens du roi; enfin, par métonyme, les magistrats du ministère public eux-mêmes." (*Histoire du droit pénale et de la justice criminelle*, Paris, PUF, 2000, p. 134).

[41] O termo latino *fiscus*, como explica G. Leyete, designa "la totalité du patrimoine royal ainsi que les biens particuliers qui le forment, comme un simple fonds de terre car, succédant aux biens qui avaient été ceux, notamment, des empereurs romains, les domaines des rois francs se sont intitulés *villæ, fisci, fundi*." (*Domaine et domanialité publique dans la France* médiévale (XII[e] - *XV[e] siècles)*, Strasbourg, Presses Universitaires de Strasbourg, 1996, p. 101).

[42] O motivo desta denominação foi explicado por J.-M. Carbasse: "À l'image du parquet royal, un ministère public est aussi apparu devant les justices non royals; dans les justices des seigneurs, il est exercé par le *procureur fiscal* - expression significative de la place qu'occupent les considerations lucratives dans ce genre de jurisdictions." (*Histoire du droit pénale et de la justice criminelle*, Paris, cit., p. 135).

[43] Com relação aos reinos germânicos, afirma G. Bartolotto: "La tendenza all'istituzione d'un Ministero Pubblico si riscontra anche in Germania attorno al XV secolo. Il duca Luigi di Baviera ordinava nell'anno 1474 che, se alcun privato avesse voluto spontaneamente assumere l'accusa d'un delinquente, questa fosse affidata a un funzionario speciale (*Pfleger*). Nel 1513 il duca Guglielmo di Baviera fissò il suo procuratore (*Amtmann*) a Perlach, come pure, già nel 1456, i conti del Württemberg aveano incaricato degli affari penali il loro intendente (*Vogt*) di Goppinga. Ad Anspach e Bayreuth, nel 1566, un uffiziale del principe ebbe i caratteri e le funzioni del Pubblico Ministero; a Monaco era pubblico accusatore, nel 1577, il podestà, e nel Palatinato, nel 1610, era stato istituito un *Malefizprokurator*." (*Ministero Pubblico - materia penale*, cit., p. 535).

[44] A respeito do *Fiskalat*, veja-se G. Keller, *Die Staatsanwaltschaft in Deutschland: ihre Geschichte, Gegenwart und Zukunft*, cit., p. 9-11.

[45] Segundo G. Bartolotto, os "bauli" eram procuradores "incaricati della rappresentanza del sovrano, della sorveglianza sugl'interessi, sull'osservanza delle leggi e sulla regolarità delle procedure, provvedendo essi stessi a sottoporre a giudizio chi fosse risultato reo di qualche trasgressione." (*Ministero Pubblico - materia penale*, cit., p. 535).

[46] A respeito das funções exercidas pelos *Avogadori del Commune*, uma resolução do *Maggior Consiglio* do ano de 1530 estabelecia: "L'anderà parte che, salva e riservata in reliquis l'autorità delli avogadori di Commun et salve e riservate però sempre le lezze, e ordini nostri disponenti circa li casi e di non poter esser suspesi ò intromessi, de caetero li Avogadori nostri non debbino, né possino per alcun modo e via, né sotto alcun color impedirsce in voler veder, né altramente alterar ove suspender la formation d'alcun processo, così dentro come fuori, che per li Rettori, et Judicenti, nostri vengono formati, fin che non saranno chiamati li rei a diffesa: Mà proclamati che saranno essi rei, possino li avogadori, quando saranno ricercati per giustizia, mandar a tuor detti processi, per

ibérica, podem-se recordar o "*Procurador Fiscal*" na Espanha[47] e o "*Procurador do Rei*" em Portugal[48]. Fora do terreno europeu continental, a influência francesa chegou até as ilhas britânicas, tendo a Escócia adotado o mesmo protótipo dos *procureurs* na segunda metade do século XVI[49].

III A consolidação do Ministério Público e a ulterior expansão do modelo "napoleônico" de *Parquet*.

A evolução da instituição que se tornaria o hodierno Ministério Público continuou durante o aperfeiçoamento do Estado legislativo de direito. Com relação às funções exercidas no processo criminal, tal progresso se deu curiosamente no âmbito do monologante processo inquisitório[50], no qual o Juiz possuía uma desmesurada iniciativa, seja no que toca ao exercício da

---

veder se in quelli saranno state osservate le leggi e statuti sopra ciò disponesti. Et si li rei saranno carcerati, possino essi avogadori, mandar a tuor essi processi, se ben non saranno forniti (se li parerà) per veder quelli. Ne essi Rettori o Judicenti debbino, ò sieno tenuti, contro li Ordeni predetti obbedir a detti Avogadori." (A. SABINI (a cura di), *Leggi criminali del serenissimo dominio veneto in un solo volume*, Venezia, Antonio Pinelli, 1751, p. 29).

[47] Relativamente aos *Procuradores fiscales*, dispunham as *Ordenanzas reales de Castilla* de 1484, no seu *Libro II, Titulo XII, Ley I*: "Porque los delitos no queden, ni finquen sin pena, y castigo por defecto de accusador. E porque el officio de nuestro Procurador fiscal es de gran confianza, y quando bien si exercitasse, se siguen deel, grandes provechos, assi en la execución de la nuestra justicia, como en pró de la nuestra hacienda (...).". A *Ley III* do mesmo *Titulo XII*, estabelecia: "Ordenamos otrosi, que los nuestros Procuradores fiscales, y Promotores de la nuestra justicia, ni alguno dellos no puedan accusar, ni acusen à persona, ni à personas algunas, ni à Concejos, ni Universidades, ni à otros algunos de qualquier estado, ò condicion, Preeminencia, ò Dignidad que sean ni les demanden, ni denuncien contra ellos en nuestro nombre, ni de nuestra Cámara, ò fisco, ni de la nuestra justicia, sin dar primeramente delator de las tales accusaciones, y demandas, y denunciaciones ante los nuestros Oidores, ya ante los nuestros Alcades de la nuestra Casa, y Corte, y Chancilleria, ò ante otros qualesquier nuestros Jueces de todas las Ciudades, y Villas, y Lugares de nuestros Reynos y Señorios.".

[48] No Livro I, Título VIIII, das *Ordenações Afonsinas* de 1446, foram reguladas as atribuições do *Procurador dos nossos feitos*, dentre as quais se pode mencionar: "E veja, e procure bem todos os feitos da Justiça, e das Viuvas e dos Orfoõs, e miseravees peffoas, que aa Noffa Corte vierem, fem levando delles dinheiro, nem outra cousa de solairo, "em vogando, nem procurando outros nenhuũs feitos, que a Nos nom perteẽçam ssem Nosso especial Mandado, como dito he; e porem nom lhe enbarguamos que possa procurar, ou vogar nos feitos dos Fidalgos, que trazem Nossas terras, rendas, ou direitos, e doutras pessoas, que trazem algũas cousas Nossas, ou da Coroa ou dos Regnos Nossos, ajudando-as contra outras privadas pessoas, que queirão tirar, ou embargar, ou menos pagar de Nossos direitos, ou fazer alguũ dãpno, ou minguamento em elles.".

[49] Neste sentido, afirmou J. GODARD: "En ce qui concerne le Ministère public en Écosse, il a eté importé de France vers 1560. Depuis, le système de poursuite en matière pénale a toujours eté assuré par l'État, contrairement à celui de l'Angleterre." (*L'influence du droit français sur le développement de la pensée juridique et du droit écossais*, in *Revue historique de droit français et étranger*, n. 1, Paris, Dalloz, 2004, p. 74). Ainda no mesmo sentido, W. REID, *The origins of the office of Procurator Fiscal in Scotland*, in *Juridical review*, n. 10, London, 1965, p. 154-160.

[50] Como bem explica L. FERRAJOLI, "se sono tipicamente propri del sistema inquisitorio l'iniziativa del giudice in campo probatorio, la disparità di poteri tra accusa e difesa e il carattere scritto e segreto dell'istruzione, non lo sono invece in maniera altrettanto esclusiva istituti che pure sono nati in seno alla tradizione inquisitoria: come l'obbligatorietà e l'irrevocabilità dell'azione penale, il carattere pubblico degli organi dell'accusa, la pluralità dei gradi di giurisdizione e l'obbligo del giudice di motivare le sue decisioni." (*Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, ottava edizione, Roma-Bari, Laterza, 2004, p. 574-575).

ação penal, seja no campo probatório[51]. Este procedimento foi reafirmado e reproposto[52] pela *Ordonnance criminelle* de agosto de 1670, estabelecida por Luís XIV. Embora no apogeu do processo inquisitório, nesta ordenação se vislumbra um importante desenvolvimento das funções dos *procureurs*[53]: tornaram-se os destinatários das comunicações de crimes[54] e, com relação ao exercício da ação penal, se não houvesse ofendido, os processos eram iniciados pelos *procureurs*[55], poder que, todavia, não lhes era exclusivo[56].

Contudo, somente com o advento da reação iluminista foi colocada em evidência, dentre outras questões, a necessidade de separação das funções de acusar e de julgar no processo penal[57]. Não obstante entusiastas da instituição do *jury* inglês[58] e da acusação privada, pode-se notar em alguns dos *Philosophes* a

[51] Quanto à confusão entre o papel de acusador e de julgador no âmbito do processo inquisitório, afirmam K. Kroeschell-A. Cordes- K. Nehlsen-von Stryk: "Besonders weit reich end waren die Aufgaben, die dem Richter im kanonischen Strafprozess erwuchsen. Wenn ein glaubwürdiges öffentliches Gerücht den Verdacht eines Verbrechens begründete, hatte der Richter von Amts wegen Ermittlungen zu führen. Dieses Inquisitionsverfahren drängte den älteren, durch einen Kläger eingeleiteten Strafprozess immer mehr zurück. Mit seiner Vermengung der Rollen von Ankläger und Richter es in späteren Jahrhunderten auch das das weltliches Strafverfahren stark beeinflusst." (*Deutsche Rechtsgeschichte*, Band 2: 1250-1650, Köln-Weimar-Wien, Böhlau, 2008, p. 16).

[52] Neste sentido, R. Martucci, *Il modulo inquisitorio nelle 'Ordonnances' francesi da Colbert alla Costituente*, in L. Berlinguer-F. Colao (a cura di), *Le politiche criminali nel XVIII secolo*, Milano, Guffrè, 1990, p. 235.

[53] Como afirma G. Bartolotto, "il Ministero Pubblico in Francia, per quanto riguardava la arte criminale, riuscì completamente e definitivamente costituito con un'ordinanza del 1670. Secondo le disposizioni di questa, i procuratori generali avean l'iniziativa delle persecuzioni criminali, il diritto di far assegnare i testimoni; ogni informazioni deve esser loro comunicata; nessun decreto poteva esser reso, nessuna liberazione concessa, senza le loro conclusioni; infine, terminata la procedura, essi dovean dare le loro conclusioni senza motivi, per iscritto." (*Ministero Pubblico - materia penale*, cit., p. 538).

[54] Estabelecia o art. 6 do Título III da *Ordonnance criminelle* de 1670: "Nos procureurs et ceux des seigneurs auront un registre pour recevoir et faire écrire les dénonciations qui seront circonstanciées et signées par les dénonciateurs, s'ils savent signer, sinon elles seront écrites en leur présence par le greffier du siège qui en fera réception.".

[55] Já o art. 8, do mesmo Título III da *Ordonnance*, dispunha: "S'il n'y a point de partie civile, les procès seront poursuivis à la diligence, et sous le nom de nos procureurs ou des procureurs des justices seigneuriales.".

[56] Relativamente à acusação na *Ordonnance criminelle* del 1670, ressalta J.-M. Carbasse: "D'autre part, l'institution du ministère public n'a pas privé les juges du siège du droit de poursuivre d'office. En cas de négligence du parquet, il leur revient d'exercer l'action publique. D'où la maxime (à vrai dire d'usage peu fréquent): *'Tout juge est procureur général'*." (*Histoire du droit pénale et de la justice criminelle*, cit., p. 180).

[57] A respeito das tensões entre os sistemas acusatório e inquisitório no século XVIII, consulte-se E. Dezza, *Note su accusa e inquisizione nella dottrina settecentesca*, in L. Berlinguer-F. Colao (a cura di), *Illuminismo e dottrine penali*, Milano, Giuffrè, 1990, p. 185 s. E ainda, com amplas referências al Iluminismo italiano, veja-se D. Ippolito, *Mario Pagano. Il pensiero giuspolitico di un illuminista*, Torino, Giappichelli, 2008, p. 184 s.

[58] Na Itália, já em 1776, afirmava P. Verri: "Tale è il metodo de' processi nella Gran Bretagna, ove altresì l'uomo accusato ha due sommi vantaggi: uno cioè di essere giudicato da persone scelte fra i suoi pari e non incallite ai giudizi criminali, l'altro di poter ricusare un dato numero degli eletti per giudicarlo qualora abbia motivo di diffidenza." (*Osservazione sulla tortura*, a cura di S. Contarini, Milano, Bur, 2006, p. 155). Com relação aos diversos iluministas apaixonados pelo *jury* inglês, ressalta J.-M. Carbasse: "(...) c'est ce système, selon Montesquieu, qui offre à l'accusé les meilleures garanties (*Esprit des lois*, XI, 6). L'idée du jury criminel fit ensuite son chemin, la plupart

propensão em admitir a figura de um acusador público distinto do Juiz. Assim, MONTESQUIEU na sua famosa obra *De l'esprit des lois* afirmava ser admirável que os crimes viessem a ser perseguidos por oficiais públicos, que o fariam em nome do príncipe[59]. SCHMID D'AVENSTEIN, nos seus *Principes de la législation universelle* de 1776, retomando as apreciações de Montesquieu, admitiu a solução de se "estabelecer uma parte pública, que seja encarregada de acusar todos aqueles que cometam delitos contra a sociedade"[60]. Na Itália, invocando igualmente Montesquieu, CESARE BECCARIA declarava no seu *Dei delitti e delle pene*, de 1764, a necessidade de se estabelecer que as acusações públicas fossem promovidas por "*pubblici commissari*"[61]. Também GAETANO FILANGIERI, o qual fez uma feroz crítica à acusação pública,[62] admitiu excepcionalmente um magistrado acusador para os delitos "nos quais não houvesse um acusador privado"[63].

---

des réformateurs l'adoptant tour à tour. Ainsi, en 1765, le chevalier de jaucourt à l'article 'Pairs' de l'*Encyclopédie*. Ainsi Beccaria, dans la troisième édition de son *Traité des délits et des peines* (XIV). Ainsi encore Voltaire, qui écrit en 1771: 'Les jurés n'auraient jamais fait rouer Calas'. Dans les années 1780, la supériorité du jugement par jury est une opinion partagée par Condorcet, Linguet, Delolme, Dupaty, et par la plupart des auteurs publiés dans la *Bibliothèque philosophique du Législateur* de Brissot – en particulier Bergasse et Marat." (*Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, cit., p. 355-356). Veja-se ainda, com diversas particularidades, A. PADOA SCHIOPPA, *I philosophes e la giuria penale*, in *Nuova rivista storica*, Anno LXX, 1986, p. 107-146.

[59] Afirmou MONTESQUIEU na sua obra *De l'esprit des lois*: "Nous avons aujourd'hui, une loi admirable; c'est celle qui veut que le prince, établi pour faire exécuter les lois, prépose un officier dans chaque tribunal pour poursuivre, en son nom, tous les crimes: de sorte que la fonction des délateurs est inconnue parmi nous; et, si ce vengeur public étoit soupçonné d'abuser de son ministère, on l'obligeroit de nommer son dénonciateur. Dans le lois de Platon, ceux qui négligent d'avertir les magistrats ou de leur donner du secours doivent être punis. Cela ne conviendroit point aujourd'hui. La partie public veille pour les citoyens; elle agit, et ils sont tranquilles." (*De l'esprit des lois* [1748], Tome premier, Paris, P. Pourrat Frères, 1831, p. 167-168).

[60] S. D'AVENSTEIN, *Principj della legislazione universale*, opera tradotta dal francese, Massa, Stefano Frediani stampator ducale, 1787, p. 284-285.

[61] O célebre C. BECCARIA, na sua famosa obra *Dei delitti e delle pene*, afirmou: "È già stato detto dal signor di *Montesquieu*, che le pubbliche accuse sono più conformi alla repubblica, dove il pubblico bene formar dovrebbe la prima passione de' cittadini, che nella monarchia, dove questo sentimento è debolissimo per la natura medesima del governo, dove è ottimo stabilimento il destinare de' commissari, che in nome pubblico accusino gl'infrattori delle leggi." (*Dei delitti e delle pene*, a cura di A. BURGIO, sedicesima edizione, Milano, Feltrinelli, 2010, p. 59).

[62] A crítica de G. FILANGIERI è endereçada ao "vendicatore pubblico" de MONTESQUIEU: "Chi è, io domando, questo *vendicatore pubblico*? Questi è un magistrato creato dal principe, pagato dal principe, che deve al principe ciò che ha, e che può esserne dal principe privato. Dignità, onori, fortune, tutto riconosce da' favori del sovrano, e tutto gli può essere tolto da quella mano che glielo ha dato. Or, se l'interesse è il gran motore degli uomini, io vorrei sapere dall'Autore dello Spirito delle Leggi, se un cittadino che non ha tutti questi rapporti col capo della nazione, potrebbe, abusando della libertà di accusare, avere una disposizione maggiore a favorire le di lui mire, di quella che può avervi questo *vendicatore pubblico*, che per proprio interesse dovrebbe piuttosto considerarsi come il vendicatore del principe. I fatti che potrebbero confermare questa riflessione, sono infiniti. Io lascio a ciaschedun lettore applicarvi quelli che son pervenuti a sua notizia." (*La scienza della legislazione*, Volume terzo, Milano, Società tipografica de' classici italiani, 1822, p. 42).

[63] Assim afirmou G. FILANGIERI: "Una nuova magistratura andrebbe per questo oggetto istituita: essa dovrebbe esser composta de' *magistrati accusatori*. La scelta delle persone più distinte e più probe della società dovrebbe renderla onorevole: (...) Stabilita su questo piede questa magistratura, il ministero di coloro che ne sarebbero investiti, dovrebbe essere d'inquirere sugli autori di que' delitti de' quali non vi è alcun privato accusatore; di scoprirli, accusarli e condurli in giudizio; d'istituire

Deste modo, a fisionomia "moderna" das funções processuais penais do Ministério Público possui um vestígio iluminista[64]; porém, esta fisionomia somente se desenvolveu após a Revolução francesa. Contudo, ainda no curso da Revolução, houve grandes retrocessos com relação às funções criminais dos *procureurs*, as quais foram quase anuladas[65] em virtude da concepção extremamente radical segundo a qual, possuindo o direito de acusar natureza política, deveria este pertencer tão somente ao povo[66]. Esta situação somente foi remediada com o advento do *Code d'instruction criminelle* de 1808. Assim, o epíteto "*Kind der Revolution*", encampado por alguns juristas[67], não se justifica plenamente[68]. Mas talvez a justificativa do epíteto remonte ao curioso fato que, após a Revolução francesa, mas antes do advento do napoleônico *Code d'instruction* de 1808, surgiram na Europa alguns modelos de acusadores públicos tal como havia sido proposto por MONTESQUIEU.

Na península itálica houve vários exemplos que traduziam a "moderna" fisionomia do Ministério Público no processo penal. Por exemplo, no *Piano di*

---

contro di loro l'accusa con quelle stesse formule e solennità colle quali dovrebbe istituirsi se l'accusatore fosse un privato cittadino; di sostenérla della maniera istessa finché ne fosse terminato il giudizio; di esibirsi all'istesse promesse, e di esporsi agl'istessi pericoli. In questi magistrati, a differenza di Roma, non solo la calunnia manifesta, mas anche la semplice calunnia dovrebbe esser punita, come in ogni altro accusatore. Questo sarebbe un suggello di più che si aggiungerebbe alla confidenza che 'l popolo dovrebbe avere nel loro spaventevole ministero, ed un ostacolo necessario all'abuso della loro autorità." (*La scienza della legislazione*, cit., p. 63-64).

[64] No sentido do texto, J. B. J. MAIER, *Derecho procesal penal*, Tomo II (*Parte general. Sujetos procesales*), Buenos Aires, Del Puerto, 2003, p. 300. Afirmando expressamente que o Ministério Público é "una herencia del Iluminismo", veja-se C. ROXIN, *Posición jurídica e tareas futuras del ministerio público*, trad. espanhola de Julio B. J. Maier e Fernando J. Córdoba, in AA.VV., *El Ministerio Publico en el proceso penal*, reimpresión, Buenos Aires, Ad Hoc, 2000, p. 39.

[65] Notáveis, neste sentido, as observações de E. DE MARI: "Dans les premiers temps, contrairement à ce que l'on a pu dire, le rôle des commissaires du roi, même privés du droit d'accusation, n'a pas été nul. Soigneusement choisis par le roi et ses ministres de la justice au cours de l'année 1790, ils ont essayé de perpétuer au sein des nouveaux tribunaux l'esprit et les méthodes du parquet d'Ancien Régime. Mais bientôt, majoritairement hostiles à la Constitution civile du clergé, ils sont dès 1792 complètement marginalises. Seuls restent donc actifs les accusateurs publics, dont la politisation terroriste de la justice dévoiera complètement les fonctions dans les années suivantes..." (*Le parquet sous la Révolution*, in J.M. CARBASSE (sous la direction de), *Histoire du parquet*, Paris, PUF, 2000 Paris, PUF, 2000, p. 221-255).

[66] Como assinala J.-M. CARBASSE, "au cours de l'année 1790, l'Assemblée nationale consacra plusieurs stance à la réforme de la justice pénale. Le 30 avril, elle adopta le principe du jury criminel; le 7 mai, elle décida que les juges seraient désormais élus; le 8 mai et 10 août, elle réforma le ministère public. Celui-ci était confié à des 'commisaires du roi' effectivement *nommés* par le roi (alors que les juges devaient tous être élus), mais à qui les fonctions d'accusation sont interdites. En effet, analysant le 'droit d'accuser' comme un instrument politique, les Constituants ont voulu le réserver au peuple: étaient donc crées auprès des nouveaux tribunaux criminels des 'accusateurs publics' élus. Ces innovations furent reprises dans la loi des 16-20 août 1790 qui réorganisait les juridictions pénales dans leur ensemble." (*Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, cit., p. 376).

[67] Assim, dentre tantos, H. GÜNTER, *Staatsanwaltschaft, Kind der Revolution*, Frankfurt am Main-Berlin-Wien, Ulstein, 1973.

[68] Afirma, neste sentido, J. B. J. MAIER che "la fecha de su nacimiento no se corresponde exactamente con el orden revolucionario inmediato, surgido de la revolución francesa, sino, antes bien, con la crítica política a ese orden y el advenimiento del orden napoleónico, inmediatamente posterior. De allí que resulte exagerado, y hasta parcialmente falso, acuñar la bella metáfora que señala al fiscal moderno como 'hijo de la Revolución'." (*El ministerio* público: *¿un adolescente?*, in AA.VV., *El Ministerio Publico en el proceso penal*, reimpresión, Buenos Aires, Ad Hoc, 2000, p. 29).

una nuova procedura criminale, elaborado em Verona, em 1797, pelo "*Governo Centrale Veronese, Colognese e Legnaghese*"[69], existia a figura do "*Pubblico Censor Criminale*", o qual, inspirado no acusador público do recente ordenamento revolucionário francês, possuía, dentre outras, a incumbência de receber as notícias de crime, admitir as querelas, iniciar o procedimento, coordenar a investigação e tutelar a formação dos processos[70]. Na *Costituzione della Repubblica cispadana* de 1797 aparece o "*accusator pubblico*", com funções de iniciar a ação penal e supervisionar a atividade dos oficiais de polícia[71]. Já na Legislação penal do Principado de Lucca de 1807, o "*Commissario del principe*" era o encarregado de provocar "*ex officio* a punição de qualquer delito" (Parte segunda, *Del Codice dei delitti e delle pene*, arts. 54 e 57)[72]. Nas Leis Napolitanas de 1808, o "*Procuratore regio*" tinha a iniciativa *ex officio* e a obrigação de formular o ato de acusação em todos os casos de delito de ação pública (art. 99 do *Regolamento Istruttorio* n. 141)[73].

Mas o documento fundamental que delineou pela primeira vez, de maneira inequívoca, a fisionomia "moderna" do Ministério Público no processo penal foi o napoleônico *Code d'instruction criminelle*[74], promulgado em 1808 e com entrada em vigor em 1811. Não obstante o caráter nitidamente inquisitório da primeira fase do procedimento, motivo pelo qual foi chamado de "misto", foram atribuídas por aquele diploma aos *procureurs* diversas

[69] Como explica E. Dezza, "la normativa penale provvisoria posta in essere dal 'Governo Centrale Veronese, Colognese e Legnaghese' il 24 brumale anno VI repubblicano (14 novembre 1797) ricomprende, a completamento e integrazione di quello che viene definito dagli stessi legislatori il *Codice Penale*, un *Piano per una nuova configurazione del Tribunal Criminale di Verona* (...) e un *Piano di una nuova procedura criminale*, volto a delineare, in quindici non sempre limpidi articoli, i 'metodi pratici' che i giudici scaligeri avrebbero dovuto prendere come 'norma ... tanto nella formazione quanto nella spedizione dei processi'" (*Alla ricerca di una 'nuova procedura criminale'. Il Piano veronese del 1797*, in *Saggi di storia del processo penale nell'età della codificazione*, Padova, Cedam, 2001, p. 29).

[70] Assim, E. Dezza, *Alla ricerca di una 'nuova procedura criminale'. Il Piano veronese del 1797*, cit., p. 35.

[71] O art. 268 da *Costituzione della Repubblica cispadana* de 1797 dispunha: "L'accusator pubblico è incaricato: I. di provvedere contro i delitti su gli atti di accusa ammessi dai primi giurati; II. Di trasmettere agli uffiziali di Polizia le denunzie, che sono a lui indirizzate direttamente; III. Di vegliare su gli uffiziali di polizia del dipartimento, e di agire contro di essi secondo la legge in caso di negligenza, o di fatti più gravi.".

[72] O referido art. 54 dispunha: "Il Ministero Pubblico provoca *ex officio* la punizione di qualunque delitto, che secondo le leggi dello Stato può meritare pena afflittiva, o infamante, senza pregiudizio del diritto che ciascun particolare ha di querelarsi di un delitto che lo ha gravemente offeso o pregiudicato.". Sobre o tema veja-se E. Dezza, *Una procedura moderna per un codice di provincia. La disciplina del processo nella legislazione penale del Principato di Lucca*, in *Saggi di storia del processo penale nell'età della codificazione*, Padova, Cedam, 2001, p. 69; e P. Pittaro, *Lineamenti del processo penale lucchese*, in S. Vinciguerra (a cura di), *Codice penale per il principato di Lucca*, Padova, Cedam, 2000, p. CXCVI.

[73] Porém, como bem observa E. Dezza, "in verità, il medesimo articolo prevede che anche i singoli cittadini possano intervenire nella messa in moto del meccanismo giudiziario, mediante la querela della parte lesa o, nei soli delitti pubblici, mediante l'accusa che - in formale omaggio all'antico principio romanistico che attribuisce al *quivis de populo* l'iniziativa processuale - può essere presentata da ogni persona, anche stranea al reato." (*Il procedimento criminale nelle leggi napoletane del 1808. Prime note*, in Saggi di storia del processo penale nell'età della codificazione, Padova, Cedam, 2001, p. 116).

[74] Neste sentido, J. B. J. Maier, *El ministerio público: ¿un adolescente?*, cit., p. 31; J. Volff, *Le Ministère public*, cit., p. 17.

atribuições inerentes ao modelo teórico do processo acusatório. Seja no tocante à investigação preliminar[75], seja relativamente à legitimidade para iniciar a ação penal – tendo o Código francês estabelecido inclusive as fórmulas do ato de acusação[76] –, verificou-se um efetivo remodelamento das funções do Ministério Público no sentido da sua hodierna configuração processual penal.

Este paradigma napoleônico de Ministério Público, relativamente às suas funções processuais penais, expandiu-se por quase toda a Europa continental no século XIX[77]. Assim, análogo ao *Parquet* francês foi aquele instituído na Bélgica pela Constituição de 1831 (art. 101)[78], com uma composição quase idêntica à instituição francesa[79]. Na Suíça, o Código de Processo Penal Federal, de 27 de agosto de 1851, continha prescrições inerentes ao procedimento penal e ao Estatuto do Ministério Público da Confederação, os quais eram muito semelhantes ao procedimento que era praticado na França. Na Grécia, o Ministério Público foi criado em 1834 também com base no modelo napoleônico[80]. Em 1865, o Ministério Público foi estruturado na Romênia de acordo com o modelo francês[81]. Na Áustria, o Código de processo penal, de 23 de maio de 1873, cuidava da *Staatsanwaltschaft* (capítulo III, § 29) acompanhando

[75] Estabelecia o art. 22 do *Code d'instruction criminelle* del 1808: "Les procureurs impériaux sont chargés de la recherche et de la poursuite de tous les délits dont la connaissance appartient aux tribunaux de police correctionnelle, ou aux cours speciale, ou aux cours d'assises.". Por sua vez, o art. 32 dispunha: "Dans tous les cas de flagrant délit: lorsque le fait, sera de nature à entraîner une peine afflictive ou infamante; le procureurs impérial se transportera sur le lieu, sans aucun retard, pour y dresser, les procès-verbaux nécessaires à l'effet de constater le corps du délit, son état, l'état des lieux, et pour recevoir les déclarations des personnes qui auraient été presente, ou qui auraient des renseignements à donner. Le procureur impérial donnera avis de son transport au juge d'instuction, sans être toutefoi tenu de l'attendre pour procéder, ainsi qu'il est dit au présent chapitre.". Finalmente, dispunha o art. 47: "Hors le cas énoncés dans les articles 32 et 46, le procureur impérial instruit, soit par une dénonciation, soit par toute autre voie, qu'il a été commis dans son arrondissement un crime ou un délit, ou qu'une personne qui en est prévenue se trouve dans son arrondissement, sera tenu de requérir le juge d'instruction d'ordonner qu'il en soit informé, même de se transporter, s'il est besoin, sur les lieux, à l'effet d'y dresser tous les procés-verbaux nécessaires, ainsi qu'il sera dit au chapitre des Juges d'instruction.".

[76] O art. 241 do *Code d'instruction criminelle* dispunha: "Dans tous le cas où le prévenu sera renvoyé à la cour d'assises ou à la cour spéciale, le procureur général sera tenu de rédiger un acte d'accusation. L'acte d'accusation exposera, 1° la nature du délit qui forme la base de l'accusation; 2° le fait e toutes le circonstances qui peuvent aggraver ou diminuer la peine: le prévenu y sera dénommé et clairement désigné. L'acte d'accusation sera terminé par le résumé suivant: *En conséquence, N ... est accusé d'avoir commis tel meurtre, tel vol ou tel autre crime, avec telle et telle circonstance.*".

[77] No sentido do texto, A. Cavanna, *Storia del diritto moderno in Europa, 2 (Le fonti e il pensiero giuridico)*, Milano, Giuffrè, 2005, p. 602.

[78] Dispunha o art. 101 da Constituição belga de 1831: "Le roi nomme e révoque les officiers du ministère public près de cours et des tribunaux.". Após a reorganização do texto constitucional em 1994, a mesma norma consta do art. 153.

[79] G. Bartolotto, *Ministero Pubblico - materia penale*, cit., p. 542.

[80] A propósito, afirma D. Giannoulopoulos que esta transposição do Ministério Público é "conséquence naturelle du fait que le Code pénal, le Code de procédure pénale et le Code d'organisation des triubunaux étaient inspirés de la pensée française de l'époque et transposaient en Grèce les institutions du système juridique français." (*Aspects modernes du ministère public hellénique: indépendance et responsabilità pour des procureurs omnipotents*, in C. Lazerges (sous la direction de), *Figures du parquet*, Paris, PUF, 2006, p. 85-86).

[81] Neste sentido, R. Panait, *Le ministère public roumain: évolution et controverses*, in C. Lazerges (sous la direction de), *Figures du parquet*, Paris, PUF, 2006, p. 144.

o protótipo estabelecido no Código napoleônico. Nos estados da península italiana, anteriormente à unificação, a tendência era reproduzir o modelo do *Parquet* francês (como, *v. g.*, no Ducado de Gênova, com o regulamento para as matérias civis e criminais de 1815; no ducado de Parma, com a resolução soberana de 1821; nos Estados Sardos, com as leis de 1822 e 1838; e na Toscana, com a legislação de 1838). Mesmo após a unificação italiana, o arquétipo do Ministério Público, segundo o decreto de 1865 que dispunha sobre o ordenamento judiciário, era de clara inspiração francesa[82]. Quanto aos Estados germânicos, não obstante o *Code d'instruction criminelle* fosse já aplicado após as guerras napoleônicas nos Estados da margem esquerda do Reno[83], e alguns Estados já tivessem organizado o seu Ministério Público antes da unificação (como, por exemplo, a Baviera em 1850), somente com a Lei de 27 de janeiro de 1877 sobre a organização dos Tribunais (*Gerichtsverfassungsgesetz*) foi instituída em quase todos os Estados do Império alemão a *Staatsanwaltschaft*, de nítida inspiração francesa[84]. Na Turquia, o Ministério Público foi definitivamente organizado somente com o advento do Código de Processo penal de 1879, de clara inspiração napoleônica[85]. Na Hungria, o Código de processo penal de 4 de dezembro de 1896 tratava, no seu capítulo III, da 'régia Procuradoria', a qual gozava de atribuições criminais semelhantes àquelas estabelecidas para o *Parquet* francês[86]. O protótipo napoleônico do *Ministère public*, portanto, foi largamente adotado no terreno europeu, impondo-se como modelo apto a ser reproduzido e exportado no campo processual penal.

IV O hodierno Ministério Público como instituição de garantia e a perspectiva de expansão de suas funções relativamente à tutela dos direitos transindividuais e no cenário transnacional.

No início do século XX, após a consolidação da Revolução industrial, à qual se seguiram lutas e reivindicações relativamente aos direitos fundamentais, sobretudo os de natureza social (os quais foram exemplarmente afirmados na Constituição mexicana de 1917 e na Constituição de Weimar de 1919), e com

---

[82] Ainda com mais veemência, G. Bartolotto afirma que "il Ministero Pubblico in Italia è un'imitazione del francese." (*Ministero Pubblico - materia penale*, cit., p. 565).

[83] Assim, H. Henrion- N. Salditt, *Le ministère public allemand, une institution ambivalente*, in C. Lazerges (sous la direction de), *Figures du parquet*, Paris, PUF, 2006, p. 29. Na doutrina alemã, veja-se igualmente B. Dölemeyer, *Ministère public und Staatsanwaltschaft – Der Einfluss des "modèle judiciaire français" im Rheinland*, in B. Durand-L. Mayali-A. Padoa Scioppa-D. Simon (Herausgeber), *Staatsanwaltschaft. Europäische und amerikanische Geschichten*, Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann, 2005, p. 85 s.

[84] Neste sentido, B. Kelker, *Die Rolle der Staatsanwaltschaft im Strafverfahren*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 118. Band, Berlin, De Gruyter, 2006, p. 393-394. Igualmente, S. Buss, *Staatsanwaltschaft und Crown Prosecution Service. Ein vergleich der Anklagebehörden in Deutschland und England im Hinblick auf die Schaffung einer Europäischen Staatsanwaltschaft*, Baden-Baden, Nomos, 2010, p. 89.

[85] Conforme assinala A. Ciniç, "si le parquet a été mentionné pour la première fois dans la Constitution de 1876 comme l'organe chargé de défendre l'intérêt de l'Empire au nom de ce dernier, il n'a été complètement institute que dans le cadre du Code de procédure pénale de 1879 inspiré du Code d'instruction criminelle français de 1808." (*Le ministère public turc entre évolution et révolution*, in C. Lazerges (sous la direction de), *Figures du parquet*, Paris, PUF, 2006, p. 183-184).

[86] Neste sentido, G. Bartolotto, *Ministero Pubblico - materia penale*, cit., p. 552.

a concepção de uma "sociedade de massa" e a multiplicidade de conflitos a ela inerentes[87], colocou-se em evidência a questão a respeito de quem deve ter legitimidade para a tutela dos direitos transindividuais. Sobretudo após o segundo conflito mundial, com o avanço industrial e a crescente globalização, verificou-se uma acentuação de atividades que, muitas vezes, ocasionavam conflitos que não mais diziam respeito ao indivíduo isoladamente, mas à inteira coletividade (como por exemplo, as ameaças ao meio ambiente), ou a grupos ou determinadas categorias de pessoas (como os trabalhadores, os consumidores, os deficientes físicos, as minorias étnicas, os idosos etc.)[88]. Estas novas relações transindividuais têm uma importância anteriormente desconhecida na história das civilizações e conduziram a um diferente reconhecimento relativamente aos direitos fundamentais, sejam aqueles que pertencem indivisivelmente a toda a coletividade (os chamados direitos *difusos*, como, por exemplo, o direito de todos e de cada um ao meio ambiente equilibrado) ou que digam respeito a uma particular categoria ou a um grupo determinável de pessoas (os chamados direitos coletivos, como os que dizem respeito a um grupo de trabalhadores ou a uma classe de consumidores).

Neste âmbito, muito se discutiu sobre se seria conveniente deixar aos indivíduos ou à própria sociedade civil se organizarem para a tutela dos seus próprios interesses transindividuais (como ocorre, por exemplo, no ordenamento jurídico norte-americano com as *class actions*)[89], ou se deveria haver um ou mais órgãos do Estado destinados a essa tarefa. Dentre as possíveis soluções[90], alguns poucos Estados europeus privilegiaram um modelo "estatal" restrito às relações entre os cidadãos e a administração pública, com a utilização do *Ombudsman*, que foi previsto pela Constituição

[87] Como afirmou M. Cappelletti, "gli interessi 'diffusi' rappresentano un fenomeno tipico, e di crescente rilievo, nelle società moderne, caratterizzate dal passaggio da un'economia prevalentemente basata su rapporti individuali ad un'economia in cui lavoro, produzione, scambi e consumi, ma anche educazione, turismo, comunicazioni, assistenza sociale e previdenziale, ecc., sono fenomeni 'di massa'. Si pensi allo sviluppo dei 'diritti sociali', tipici, appunto, del moderno Stato sociale o 'promozionale'. (...) Si pensi ancora ai prodotti dell'industria: un lieve difetto di produzione può tornare a danno di moltissimi consumatori dello stesso prodotto. Si pensi ancora all'inquinamento, da parte di un complesso industriale, di un fiume o di un lago: di nuovo, un numero imprecisato di persone sono potenzialmente danneggiate, e lo stesso dicasi per l'inquinamento dell'atmosfera." (*Dimensioni della giustizia nelle società contemporanee*, Bologna, Il Mulino, 1994, p. 86).

[88] Neste sentido, dentre tantos, P. Gutiérrez de Cabiedes Hidalgo de Caviedes, *Derecho procesal constitucional y protección de los intereses colectivos y difusos*, in E. Ferrer Mac-Gregor (coordinador), *Derecho procesal constitucional*, tomo III, México, Porrúa, 2003, p. 2720-2721.

[89] O modelo norte-americano das *class action* foi introduzido por intermédio da *Rule 23* das *Federal Rules of Civil Procedure* de 1938 (norma que foi sucessivamente emendada, sobretudo nos anos 1980). Sobre a tutela dos direitos fundamentais por intermédio das *class actions* afirma M. Taruffo: "non c'è bisogno di sottolineare ulteriormente il fatto che in numerose ipotesi la *class action* è servita e serve per ottenere una tutela giurisdizionale effettiva di 'beni' o di 'diritti' fondamentali come la vita, la salute, l'educazione, l'uguaglianza, che sono spesso coinvolti nelle relative controversie." (*Diritti fondamentali, tutela giurisdizionale e alternative*, in T. Mazzarese (a cura di), *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*, Torino, Giappichelli, 2002, p. 197).

[90] Para um estudo comparativo sobre as possíveis soluções relativas à legitimidade para a tutela dos direitos transindividuais, consulte-se M. Cappelletti, *Governmental and private advocates for the public interest: a comparative study*, in *Michigan Law Review*, Vol. LXXIII, Michigan, April 1975, p. 793 s.

sueca de 1809[91] e posteriormente reproduzido nas Constituições da Finlândia de 1919 e da Dinamarca de 1953. Mais recentemente, alguns países criaram instituições inspiradas neste mesmo modelo de *Ombudsman* escandinavo, como o *Provedor de justiça*, previsto na Constituição portuguesa de 1976, o *Defensor del pueblo*, instituído pela Constituição espanhola de 1978, e o *Défenseur des droits*"[92], introduzido recentemente na França com a revisão de julho de 2008[93] à Constituição de 1958.

Contudo, certa "pobreza organizacional"[94] inerente, sobretudo, às democracias tardias, bem como a consolidação do Ministério Público como instituição de garantia na esfera penal em muitos países, acabaram por influenciar no direcionamento das suas funções desta instituição para a tutela dos direitos transindividuais. Isto significou uma espécie de retomada, bem como uma "atualização", na vertente coletiva, das históricas atribuições dos *procureurs du roi* relativas às intervenções nas causas cíveis a favor das pessoas necessitadas (como os incapazes, os órfãos e as *miserabilis personae*). O desenvolvimento desta nova função, contudo, não mais se relaciona aos indivíduos singularmente considerados, mas às coletividades necessitadas de tutela dos seus direitos fundamentais. Este desenvolvimento se verificou concretamente com a afirmação da universalidade dos direitos fundamentais no novo paradigma do Estado constitucional de direito[95], fruto da verdadeira revolução ocorrida com a introdução, nos ordenamentos jurídicos, dos

[91] Não obstante a evolução da figura do *Ombudsman* em outros países, afirma L. Cominelli, relativamente ao *Ombudsman* sueco: "ancora oggi il compito principale degli *Ombudsman* svedesi resta il controllo sulla legalità degli atti amministrativi e sulla condotta materiale delle amministrazioni." (*Il Mediatore europeo, Ombudsman dell'Unione. Risoluzione alternativa delle dispute tra cittadini e istituzioni comunitarie*, Milano, Giuffrè, 2005, p. 9).

[92] Com relação ao *Médiateur de la République* e ao *Défenseur des droits*, afirma P. Costanzo que "è comunque visibile l'ispirazione comune delle due *authorities* ossia l'ormai abbastanza famoso *ombudsman* di origini scandinava, anche se la nuova denominazione riecheggia molto da vicino quella del *Defensor del pueblo* spagnolo." (*La "nuova" Costituzione della Francia*, Torino, Giappichelli, 2009, p. 164).

[93] O art. 71-1 (introduzido pela Lei constitucional n. 2008-724 de 23 de julho de 2008) da Constituição francesa dispõe: "Le Défenseur des droits veille au respect des droits et libertés par les administrations de l'État, les collectivités territoriales, les établissements publics, ainsi que par tout organisme investi d'une mission de service public, ou à l'égard duquel la loi organique lui attribue des compétences. Il peut être saisi, dans les conditions prévues par la loi organique, par toute personne s'estimant lésée par le fonctionnement d'un service public ou d'un organisme visé au premier alinéa. Il peut se saisir d'office.".

[94] A expressão è de M. Cappelletti, *Dimensioni della giustizia nelle società contemporanee*, cit. p. 85.

[95] Sublinha, neste particular, com a precisão habitual, L. Ferrajoli: "Grazie alle rigidità delle costituzioni la legalità ha infatti cambiato natura: non è più solo condizionante e disciplinante, ma è essa stessa condizionata e disciplinata da vincoli giuridici non pù solo formali ma anche sostanziali; non è più semplicemente un prodotto del legislatore ma è anche progettazione giuridica della legislazione medesima, e dunque limite e vincolo al legislatore e perciò alle contingenti maggioranze di cui esso è espressione. Sicché del diritto risulta positivizzato non più solo l'*'essere'*, ossia la sua 'esistenza' o 'vigore', ma anche il suo *'dover essere'*, ossia le sue condizioni di 'validità'; non più solo i vincoli di forma relativi al *'chi'* e al *'come'* delle decisioni, ma anche i vincoli di contenuto relativi al *'che cosa'* delle decisioni medesime e che altro non sono che i principi e i diritti fondamentali: i diritti di libertà, dei quali è vietata la lesione, e i diritti sociali dei quali è obbligatoria la soddisfazione." (*Quali sono i diritti fondamentali?*, in T. Mazzarese (a cura di), *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*, Torino, Giappichelli, 2002, p. 96).

conceitos de supremacia constitucional e de rigidez constitucional[96]. Com a positivação dos direitos fundamentais[97] nas Constituições rígidas, subtraídos, portanto, à volubilidade do legislador ordinário, bem como nas diversas Cartas internacionais, surgiu a necessidade de se conceberem sujeitos legitimados e mecanismos destinados à tutela efetiva dos direitos universalmente reconhecidos. Foi, portanto, neste contexto que as funções do Ministério Público, já consolidadas na esfera penal, começaram a se expandir em direção à defesa transindividual dos direitos fundamentais.

Este progresso se fez notar, sobretudo, nos países em via de desenvolvimento, mais especificamente nos recentes Estados constitucionais de direito da America latina, onde o subdesenvolvimento decorrente de séculos de exploração e de recentes ditaduras tornou dificultosa a consolidação dos direitos fundamentais. Na Europa, ao contrário, em muitos países o Ministério Público permaneceu vinculado quase que exclusivamente às funções criminais e a algumas intervenções nas causas cíveis dos cidadãos, seja em defesa do princípio da legalidade, seja para tutelar o "*interesse público*". Desta maneira, as principais cartas constitucionais promulgadas após a derrocada dos regimes autoritários que destruíram a Europa pouca importância atribuíram ao Ministério Público: na Lei Fundamental alemã de 1949 o Ministério Público não aparece, não sendo portanto considerado pelo constituinte alemão como uma das instituições destinadas a realizar o Estado constitucional de direito[98]; na Itália, a Constituição de 1948 se limita a estabelecer que "*il Pubblico Ministero ha l'obbligo di esercitare l'azione penale*" (art. 112)[99].

Em terreno europeu, somente os ordenamentos jurídicos da península ibérica, provenientes das constituições promulgadas no final do século XX, conferiram ao Ministério Público - com muita propriedade e de maneira não monopolística - a tutela dos direitos transindividuais, sejam os direitos

[96] A respeito da supremacia constitucional afirmou M. Fioravanti: "Ma soprattutto, al di là delle singole caratteristiche delle costituzioni democratiche dell'ultimo dopoguerra, ciò che più conta è il fatto che in questo momento storico viene complessivamente riscoperta *la supremazia della costituzione*, sia come massima forma di garanzia dei diritti e della libertà, sia come indirizzo fondamentale da seguire per la realizzazione dei valori costituzionali." (*Appunti di storia delle costituzioni moderne. Le libertà fondamentali*, seconda edizione, Torino, Giappichelli, 1995, p. 134). Sobre o conceito e as origens da rigidez constitucional, veja-se, com muitas referências, J. Bryce, *Costituzioni flessibili e rigide* (trad. italiana de Raffaelle Niro), Milano, Giuffrè, 1998, p. 54 s.

[97] Relativamente à positivação dos direitos fundamentais, consulte-se A. Ollero Tassara, *Diritto "positivo" e diritti umani*, Torino, Giappichelli, 1998, p. 117 s. Já F. Di Donato faz referência à "statualità come unica garanzia dei diritti in una società precaria." (*La rinascita dello Stato. Dal conflitto magistratura-politica alla civilizzazione istituzionale europea*, Bologna, Il Mulino, 2010, p. 421). Sobre o mesmo tema, veja-se ainda, na doutrina alemã, C. Enders, *Die Menschenwürde in der Verfassungsordnung*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1997, p. 377 s.

[98] Assim, G. Ellscheid, *Rechtsstaatliche Defizite in der Stellung der Staatsanwaltschaft*, in H. Jung-H. Müller-Dietz-U. Neumann (Herausgeber), *Perspektiven der Strafrechtsentwicklung*, Baden-Baden, Nomos, 1996, p. 86.

[99] Quanto às atribuições do Ministério Público, já dispunha o art. 73 do *Ordinamento giudiziario italiano* (RD del 30 gennaio 1941): "*Attribuzioni generali del pubblico ministero.* Il pubblico ministero veglia alla osservanza delle leggi, alla pronta e regolare amministrazione della giustizia, alla tutela dei diritti dello Stato, delle persone giuridiche e degli incapaci, richiedendo, nei casi di urgenza, i provvedimenti cautelari che ritiene necessari; promuove la repressione dei reati e l'applicazione delle misure di sicurezza; fa eseguire i giudicati ed ogni altro provvedimento del giudice, nei casi stabiliti dalla legge.".

Na Espanha, a Constituição de 1978, a despeito da criação do *Defensor del pueblo* (art. 54), atribui ao *Ministerio Fiscal* a função de promover a ação judiciária em defesa da legalidade e dos direitos dos cidadãos (art. 124, § 1)[100]. Na esteira dos ditames constitucionais, a Lei Orgânica do Ministério Público espanhol, por sua vez, reforçou a atribuição da instituição relativamente à tutela dos direitos fundamentais, inclusive sob o prisma transindividual[101]. Igualmente em Portugal, não obstante a criação do "*Provedor de Justiça*" (art. 23), a Constituição de 1976 fez expressa referência à função do Ministério Público no que concerne à defesa da legalidade democrática (art. 219, § 1). Da mesma maneira, o Estatuto do Ministério Público português, expandindo esta concepção, incumbiu à instituição a defesa dos direitos sociais dos trabalhadores e a defesa dos interesses difusos e coletivos[102].

Na América latina, ao contrário, a evolução do Ministério Público caminhou com maior influxo relativamente à tutela dos interesses transindividuais, sem que, por outro lado, tenha havido o abandono das suas tradicionais funções criminais. Assim, por exemplo, a Constituição da Bolívia de 2009 determina ser função do Ministério Público a defesa da legalidade e dos "interesses da sociedade" (art. 225) e a Lei Orgânica do Ministério Público boliviano de 2001 já previa, dentre as suas funções, a preservação do Estado de direito e da observância dos direitos humanos dos cidadãos[103]. Igualmente, a Constituição da Colômbia atribuiu ao Ministério Público a tutela e a promoção dos direitos humanos e a proteção do interesse público (art. 118)[104], conferindo ao Procurador-Geral da nação, como chefe do Ministério Público, a função de proteção dos direitos humanos e a defesa dos interesses da sociedade e dos interesses coletivos, especialmente o meio ambiente (art. 277, §§ 2º, 3º e

---

[100] A Constituição da Espanha de 1978, em seu art. 124, I, dispõe: "El Ministerio Fiscal, sin perjuicio de las funziones encomendadas a otros órganos, tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la Ley, de ofício o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los Tribunales y procurar ante éstos la satisfación del interés social.".

[101] O *Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal* (*Ley 24 de 9 octubre de 2007*) dispõe em seu art. 3, 3: "Para el cumplimiento de las misiones establecidas en el artículo 1, corresponde al Ministerio Fiscal: (...) 3. Velar por el respeto de las instituciones constitucionales y de los derechos fundamentales y libertades públicas con cuantas actuaciones exija su defensa.". Sobre a tutela dos direitos fundamentais pelo Ministério Público espanhol, vide V. Gimeno Sendra, *La legitimación del Ministerio fiscal en los procesos de amparo*, in *Revista del Ministerio fiscal*, núm. 7, Madrid, Ministerio de Justicia, 2000, p. 09 s.

[102] Dispõe a Lei 47, de 15 de outubro de 1986, em seu art. 3º, parágrafo 1: "Compete, especialmente, ao Ministério Público: (...) *d*) exercer o patrocínio oficioso dos trabalhadores e suas famílias na defesa de seus direitos de carácter social; *e*) assumir, nos casos previstos em lei, a defesa de interesses colectivos e difusos.".

[103] A Lei Orgânica do Ministério Público boliviano (*Ley 2.175/2001*) estatui em seu art. 14º, 9: "Funciones del Ministerio Público. El Ministerio Público para el cumplimiento de sus fines tiene las siguientes funciones: (...) 9. Preservar el Estado de derecho y el respeto a los derechos humanos, efectuando las diligencias necesarias ante los órganos competentes.".

[104] Dispõe o art. 118 da Constituição colombiana de 1991: "El Ministerio Público será ejercido por el Procurador General de la Nación, por el Defensor del Pueblo, por los procuradores delegados y los agentes del ministerio público, ante las autoridades jurisdiccionales, por los personeros municipales y por los demás funcionarios que determine la ley. Al Ministerio Público corresponde la guarda y promoción de los derechos humanos, la protección del interés público y la vigilancia de la conducta oficial de quienes desempeñan funciones públicas".

4º)[105]. Na Guatemala, a Constituição de 1985, com a reforma de 1993, instituiu uma "Procuradoria de direitos humanos" (art. 275)[106]. Idêntica Procuradoria de direitos humanos já havia sido instituída na República de El Salvador, por intermédio da reforma de 1993 à Constituição de 1983 (art. 191 e art. 194, I)[107]. A Constituição paraguaia de 1994, por sua vez, define como atribuições do Ministério Público, dentre outras, a tutela do meio ambiente, dos outros interesses difusos e dos direitos das coletividades indígenas (art. 268, §§ 1º e 2º)[108]. Contudo, a Constituição mais avançada neste sentido e que primeiro conferiu esta configuração de tutela transindividual ao Ministério Público foi justamente a Constituição brasileira de 1988. O constituinte brasileiro concebeu o Ministério Público como uma verdadeira "instituição de garantia" destinada, sobretudo, a assegurar a defesa do regime democrático e dos interesses sociais (art. 127). Além disso, a Constituição brasileira potencializou as atribuições do *Parquet* no âmbito civil, seja com a constitucionalização da ação civil pública destinada à proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e dos outros interesses difusos e coletivos (art. 129, III), seja com a incumbência deferida ao Ministério Público para "zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias à sua garantia" (art. 129, II).

Ressalte-se que esta configuração do Ministério Público, como instituição voltada também à tutela dos direitos e interesses transindividuais, chegou até o continente africano. A recente Constituição de Angola de 2010, de clara inspiração portuguesa, atribui ao Ministério Público, dentre outras funções, "a defesa da legalidade democrática e dos interesses coletivos e difusos" (art. 186)[109].

---

[105] Dispõe o art. 277 da Constituição colombiana: "El Procurador General de la Nación, por sí o por medio de sus delegados y agentes, tendrá las siguientes funciones: (...) 2. Proteger los derechos humanos y asegurar su efectividad, con el auxilio del Defensor del Pueblo; 3. Defender los intereses de la sociedad; 4. Defender los intereses colectivos, en especial el ambiente."

[106] Estabelece o art. 275 da Constituição da Guatemala: "El Procurador de los Derechos Humanos tiene las siguientes atribuciones: a) promover el buen funcionamiento y la agilización de la gestión administrativa gubernamental, en materia de Derechos Humanos; b) investigar y denunciar comportamientos administrativos lesivos a los intereses de las personas; c) investigar toda clase de denuncias que le sean planteadas por cualquier persona, sobre violaciones a los Derechos Humanos; d) recomendar privada o públicamente a los funcionarios la modificación de un comportamiento administrativo objetado; e) emitir censura pública por actos o comportamientos en contra de los derechos constitucionales; f) promover acciones o recursos, judiciales o administrativos, en los casos en que sea procedente.".

[107] O art. 191 da Constituição de El Salvador dispõe: "El Ministério Público será ejercido por el Fiscal General de la República, el Procurador General de la República, el Procurador para la defensa de los derechos humanos y los demás funcionarios que determine la ley". O art. 194 da mesma Constituição dispõe: "Corresponde al Procurador para la defensa de los derechos humanos: 1. velar por el respeto y la garantía a los derechos humanos; 2. investigar, de ofício o por denuncia que hubiere recibido, casos de violaciones a los derechos humanos; (...) 4. promover recursos judiciales o administrativos para la protección de los derechos humanos (...).".

[108] Estatui o art. 268, 1, da Constituição do Paraguai de 1994: "Son deberes y atribuciones del Ministerio Público: 1. velar por el respeto de los derechos y de las garantías constitucionales; 2. promover acción penal pública para defender el patrimonio público y social, el medio ambiente y otros intereses difusos, así como los derechos de los pueblos indígenas.".

[109] Estatui o art. 186 da Constituição de Angola de 2010: "Ao Ministério Público compete representar

Constata-se, assim a evolução pela qual passou o Ministério Público ao longo dos séculos: de órgão inicialmente criado para a proteção dos interesses do rei e para fiscalizar a lei posta pelo soberano; que, posteriormente, foi incumbido de funções acusatórias que permitiram a democratização do processo penal e a imparcialidade jurisdicional; que passou a intervir judicialmente em favor de pessoas carentes ou por algum motivo necessitadas; e que, finalmente, recebeu o encargo de tutelar, de maneira não monopolística, os direitos e interesses transindividuais dos cidadãos.

Toda esta gama de atribuições, vinculada decididamente ao Estado democrático de direito, nos impele a caracterizar hodiernamente o Ministério Público, de acordo com a moderna concepção cunhada por LUIGI FERRAJOLI[110], como uma verdadeira *instituição de garantia*. Uma instituição não vinculada a quaisquer dos poderes estatais, mas sim, à aplicação substancial das normas jurídicas, à satisfação dos direitos fundamentais e ao respeito ao princípio da igualdade entre os cidadãos. Não se deve, portanto, ter a preocupação de enquadrar o Ministério Público, seja qual for o ordenamento jurídico em que se estruture, como órgão do Poder Judiciário ou ligado ao Poder Executivo. Deve-se concebê-lo primordialmente como instituição autônoma, destinada à tutela dos direitos fundamentais coletivamente considerados dos cidadãos, seja no âmbito penal, seja em âmbito cível, em juízo ou extrajudicialmente. Contudo, a consolidação e a expansão destas novas funções, essenciais à construção e à potencialização do ideal democrático, dependerá obviamente do atuar de cada membro do Ministério Público "em levar os direitos fundamentais a sério"[111] e assumi-los como fonte de legitimação das suas próprias funções[112].

---

o Estado, defender a legalidade democrática e os interesses que a lei determinar, promover o processo penal e exercer a acção penal, nos termos da lei, nomeadamente: (...) *d*) defender os interesses colectivos e difusos.".

[110] Repensando a ideia da separação de poderes formulada por MONTESQUIEU, L. FERRAJOLI estabeleceu uma nova e coerente divisão relativamente às funções públicas (*funções de governo* e *funções de garantia*) e das respectivas instituições públicas (*instituições de governo e instituições de garantia*). Para o desenvolvimento desta teoria, consulte-se *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, Volume I (*Teoria del diritto*), Roma-Bari, Laterza, 2007, p. 869 s. Especificamente sobre o tema, veja-se, do mesmo autor, *Per un pubblico ministero come istituzione di garanzia*, in *Questione giustizia*, n. 01, Milano, Franco Angeli, 2012, p. 31 s.

[111] Consoante o título da obra de R. DWORKIN, *Taking rights seriously*, Cambridge, MA: Harvard University Press, 1977.

[112] Neste contexto, pede-se vênia para reproduzir as belas palavras de LUIGI FERRAJOLI, proferidas no *XVIII Congresso Nacional do Ministério Público*, realizado na cidade de Florianópolis, em 26 de novembro de 2009: "Per questo - e concludo - assumere il punto di vista dei diritti fondamentali e cioè dei titolari di tali diritti insoddisfatti, vuol dire vedere in ogni persona affamata, in ogni cittadino che muore per mancanza di cure, in ogni bambino che è privato dell'istruzione elementare, perfino in ogni criminale di strada - un fallimento dello stato di diritto, frutto delle inadempienze dei diritti sociali promessi nella Costituzione. Per questo dobbiamo essere consapevoli che la costruzione della democrazia è tutt'uno con la costruzione, l'implementazione e l'effettività delle sue garanzie: una costruzione che dipende innanzitutto dalla politica ma anche dalle funzioni di garanzia, e in particolare dal Ministero pubblico che di questa costruzione è indubbiamente uno dei principali protagonisti. Una costruzione che dipende, più in generale, da tutti noi, come giudici, come pubblici ministeri, come giuristi, come cittadini. Giacché il diritto è un artificio: e come lo abbiamo pensato e progettato, è come lo difendiamo e soprattutto lo attuiamo. E chiama in causa, conseguentemente, la responsabilità civile di tutti noi.".

Sob outro aspecto, deve-se ainda assinalar que já no início do século XXI notou-se um inicial alargamento das funções do Ministério Público no cenário transnacional. Com os desafios trazidos pela globalização e com a consequente crise da concepção de *Estado*[113], constatou-se que uma das possíveis soluções engendradas para assegurar a proteção dos direitos fundamentais é a criação de instituições de garantia que possam atuar em nível transnacional[114]. Atenta a esta necessidade, a União europeia, por intermédio do Tratado de Lisboa de 2007 (que entrou em vigor em 2009), estabeleceu a previsão da criação do *Ministério Público europeu*, a partir do já existente *Eurojust*, "*para combater os crimes que lesem os interesses financeiros da União*" (art. 86, § 1). E foi contemplada também a extensão das atribuições do Ministério Público europeu à "*luta contra a criminalidade grave que apresente dimensões transnacionais*" (art. 84, § 4)[115]. Assim, no âmbito da União europeia, pela primeira vez foi prevista a possibilidade de criação de uma instituição de garantia a nível transnacional cuja efetivação representará um decisivo salto de qualidade ainda a ser concretizado a fim de se realizar uma eficaz tutela dos direitos fundamentais, ainda que por intermédio do procedimento penal. De fato, um efetivo combate à criminalidade de caráter transnacional (pensem-se nas organizações criminosas que controlam, por exemplo, o tráfico de seres humanos, a prostituição infantil ou mesmo o tráfico ilícito de entorpecentes), resulta na proteção de vários direitos fundamentais dos cidadãos[116]. Ainda no âmbito internacional, outra importantíssima instituição de garantia de caráter transnacional foi efetivamente criada com a introdução, pelo Tratado de Roma, de um órgão do Ministério Público dotado de independência junto à Corte penal internacional (art. 42)[117].

[113] Sobre os desafios que a globalização traz aos Estados e à democracia, veja-se J. HABERMAS, *La costellazione postnazionale. Mercato globale, nazione e democrazia* (trad. italiana de Leonardo Ceppa), terza edizione, Milano, Feltrinelli, 2002, p. 105 s.

[114] Como bem assevera L. FERRAJOLI, la "garantía de los derechos fundamentales estipulados en las cartas internacionales vigentes requiere la creación no tanto de *instituciones de gobierno*, como de *instituciones de garantía*, primaria y secundaria, separadas e independientes porque legitimadas no por el pricipio de mayorías, sino por la sujeción a la ley y, en particular, a las normas que establecen los derechos y la paz" (*Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia*, trad. spagnola di Andrea Greppi, Madrid, Trotta, 2006, p. 117). O mesmo autor sugere ainda a criação de uma "sfera pubblica planetaria, assolutamente fondamentale alla garanzia dei beni fondamentali" e aponta que uma das condições para tanto é "la creazione di istituzioni giurisdizionali di garanzia secondaria in grado di sanzionare le inadempienze e le violazioni delle garanzie primarie." (*Per una carta dei beni fondamentali*, in T. MAZZARESE-P. PAROLARI (a cura di), *Diritti fondamentali. Le nuove sfide*, Torino, Giappichelli, 2010, p. 93).

[115] Dispõe o art. 84, § 4º do TFUE: "O Conselho europeu poderá adotar, contemporaneamente ou sucessivamente, uma decisão modificando o § 1º com a finalidade de estender as atribuições do Ministério Público europeu relativamente à luta contra a criminalidade grave com dimensão transnacional, modificando por conseguinte o § 2º no que se refere aos autores de crimes graves com repercussão em mais de um Estado e aos seus cúmplices".

[116] Neste sentido, com relação à tutela dos direitos fundamentais por intermédio do direito penal internacional, T. VOGLER, *Der Schutz der Menschenrechte bei der internationalen Zusammenarbeit in Strafsachen*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 105. Band, Berlin-New York, De Gruyter, 1993, p. 03 s.; G. WERLE, *Menschenrechtsschutz durch Völkerstrafrecht*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 109. Band, Berlin-New York, De Gruyter, 1997, p. 809 s.

[117] O Estatuto de Roma da Corte penal internacional dispõe em seu art. 42, § 1º: "L'Ufficio del Procuratore opera indipendentemente in quanto organo distinto nell'ambito della Corte. Esso

Pode-se afirmar, desta maneira, que, a par da expansão já delineada das funções do Ministério Público relativamente à tutela transindividual de direitos fundamentais, encontra-se em curso também um ensaio de transnacionalização de suas funções no âmbito criminal.

V Conclusões.

Após a recapitulação histórica sobre as origens, a evolução e a consolidação do Ministério Público, bem como a constatação a respeito de como deve ser configurado e quais são as perspectivas sobre o futuro de suas atribuições, podem-se formular as seguintes conclusões, em maneira sintética, sem a mínima pretensão de dar resposta às perguntas constantes do título do presente trabalho:

I - O Ministério Público hodierno tem suas origens ligadas à figura francesa do *procureur du roi*, nascendo durante a baixa Idade Média, tendo o modelo francês se espalhado pelo continente europeu, seja com suas atribuições iniciais relativas à defesa dos interesses da coroa, seja, posteriormente, com atribuições criminais e de intervenção em causas cíveis;

II - O desenvolvimento decisivo do Ministério Público se deu com a remodelação da instituição surgida durante a Revolução Francesa e, posteriormente, plasmada no *Code d'instruction criminelle* de 1808, tendo o protótipo napoleônico do *Parquet* se expandido por quase todo o terreno europeu continental e, posteriormente, para boa parte dos países da América latina e para alguns poucos países da África e Ásia;

III - Após o Segundo Grande Conflito Mundial, com o sucessivo aparecimento seja de Constituições rígidas, seja de diversas cartas internacionais nas quais se proclamaram diversos direitos fundamentais, sobretudo os de caráter social, o Ministério Público, já consolidado na esfera criminal, passou a ser encarado como uma das instituições capazes e apropriadas à tutela dos *interesses sociais*, consubstanciados estes nos direitos fundamentais de natureza transindividual;

IV - Não obstante as diversas maneiras como o Ministério Público vem sendo concebido e sistematizado nos mais diferentes ordenamentos jurídicos da família romano-germânica, cuida-se de instituição claramente vinculada à matriz democrática dos Estados de direito, devendo ser encarada, segundo a concepção de Luigi Ferrajoli, como uma verdadeira *instituição de garantia*, vinculada à aplicação substancial das normas jurídicas, à satisfação dos direitos fundamentais e ao respeito ao princípio da igualdade entre os cidadãos;

è incaricato di ricevere le comunicazioni ed ogni informazione debitamente valutata relativa ai reati di competenza della Corte, di esaminarle, di condurre le inchieste e di sostenere l'accusa dinanzi alla Corte. I membri di questo Ufficio non sollecitano né agiscono su istruzioni provenienti da fonti esterne.". A respeito da independência e das responsabilidades do Ministério Público junto à Corte penal internacional, consulte-se A. Rost-G. Ruegenberg, *„The independence and accountability of the Prosecutor of a Permanent International Criminal Court"*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 111. Band, Berlin-New York, De Gruyter, 1999, p. 297 s.; e também M. Jacquelin: *Le Bureau du procureur près la Cour pénale internationale, enfant d'une métamorphose*, in C. Lazerges (sous la direction de), *Figures du parquet*, Paris, Puf, 2006, p. 242 s.

V - Duas são as tendências de expansão relativamente às funções que o Ministério Público hodierno exerce: *a*) no âmbito cível, uma expansão que se iniciou na segunda metade do século XX e já se encontra consolidada em diversos países, que se consubstancia na tutela não monopolística dos direitos transindividuais; *b*) no âmbito penal, uma expansão a nível transnacional, como se observa com a criação de uma Procuradoria junto à Corte Penal Internacional, bem como com a previsão no Tratado de Lisboa de 2007 da possibilidade de criação de um Ministério Público europeu para combater a criminalidade transnacional que possa lesar os interesses financeiros da União Europeia.

Bibliografia

ALESSI, Giorgia, *Il processo penale. Profilo storico*, seconda edizione, Roma-Bari, Laterza, 2009.

BATTISTA, Michele, *Ministero Pubblico (materia civile)*, in *Il Digesto italiano*, Volume XV, parte seconda, Torino, UTET, 1904-1911.

BECCARIA, Cesare, *Dei delitti e delle pene*, a cura di A. BURGIO, sedicesima edizione, Milano, Feltrinelli, 2010.

BÉCOT, Joseph, *De l'organisation de la justice répressive aux principales époques historiques*, Paris, Auguste Durand, 1860.

BORTOLOTTO, Guido, *Ministero Pubblico (materia penale)*, in *Il Digesto italiano*, Volume XV, parte seconda, Torino, UTET, 1904-1911.

BOTTA, Fabio, *Legittimazione, interesse ed incapacità all'accusa nei pubblica iudicia*, Cagliari, Edizioni AV, 1996.

BURKHARDT, Leonhard, *Das Volk als Richter. Politische Prozesse in Athen im 4. Jahrhundert v. Chr.*, in MANTHE, Ulrich, VON UNGERN-STERNBERG, Jürgen (Herausgeber), *Große Prozesse der römischen Antike*, München, C.H. Beck, 1997.

BRYCE, James, *Costituzioni flessibili e rigide*, trad. italiana de Raffaelle Niro, Milano, Giuffrè, 1998.

BUSS, Sebastian, *Staatsanwaltschaft und Crown Prosecution Service. Ein vergleich der Anklagebehörden in Deutschland und England im Hinblick auf die Schaffung einer Europäischen Staatsanwaltschaft*, Baden-Baden, Nomos, 2010.

CAPPELLETTI, Mauro, *Dimensioni della giustizia nelle società contemporanee*, Bologna, Il Mulino, 1994.

_____. *Governmental and private advocates for the public interest:* a comparative study, in *Michigan Law Review*, Vol. LXXIII, Michigan, April 1975.

Jean-Marie CARBASSE, *Histoire du droit pénale et de la justice criminelle*, Paris, PUF, 2000.

_____. *Introduction*, in Jean-Marie CARBASSE (sous la direction de), *Histoire du parquet*, Paris, PUF, 2000.

CAVANNA, Adriano, *Storia del diritto moderno in Europa, 2 (Le fonti e il pensiero giuridico)*, Milano, Giuffrè, 2005.

CHIAVARIO, Mario, *Diritto processuale penale. Profilo istituzionale*, quarta edizione, Torino, UTET, 2009.

CINIÇ, Ayça, *Le ministère public turc entre évolution et révolution*, in C. LAZERGES (sous la direction de), *Figures du parquet*, Paris, PUF, 2006.

COMINELLI, Luigi, *Il Mediatore europeo, Ombudsman dell'Unione. Risoluzione alternativa delle dispute tra cittadini e istituzioni comunitarie*, Milano, Giuffrè, 2005.

COSTANZO, Pasquale, *La "nuova" Costituzione della Francia*, Torino, Giappichelli, 2009.

CRÉPIN, Marie-Yvonne, *Le rôle pénal du ministère public*, in Jean-Marie CARBASSE (sous la direction de), *Histoire du parquet*, Paris, PUF, 2000.

DA BONAVILLA, Aquilino, MARCHI, Marco Aurelio, *Dizionario etimologico di tutti i vocaboli usati in teologia, diritto canonico, storia e letteratura ecclesiastica, magia, divinazione, giurisprudenza e politica, che traggono origine dal greco* (vocábulo *tesmoteti*), Napoli, Stamperia della società filomatica, 1822.

D'AVENSTEIN, Schmid, *Principi della legislazione universale*, Massa, Stefano Frediani stampator ducale, 1787.

DAUCHY, Serge, *De la défense des droits du roi et du bien commun à l'assistance aux plaideurs:* diversité de missions du ministère public, in CARBASSE, Jean Marie (sous la direction de), *Histoire du parquet*, Paris, PUF, 2000.

DAVID, René, JAUFFRET-SPINOSI, Camille, *Les grands systèmes de droit contemporains*, 11e édition, Paris, Dalloz, 2002.

DE MARI, Éric, *Le parquet sous la Révolution*, in CARBASSE, Jean-Marie (sous la direction de), *Histoire du parquet*, Paris, PUF, 2000.

DEZZA, Ettore, *Alla ricerca di una 'nuova procedura criminale'. Il Piano veronese del 1797*, in *Saggi di storia del processo penale nell'età della codificazione*, Padova, Cedam, 2001.

_____ . *Il procedimento criminale nelle leggi napoletane del 1808. Prime note*, in Saggi di storia del processo penale nell'età della codificazione, Padova, Cedam, 2001.

_____ . *Note su accusa e inquisizione nella dottrina settecentesca*, in BERLINGUER, Luigi, COLAO, Floriano (a cura di), *Illuminismo e dottrine penali*, Milano, Giuffrè, 1990.

_____ . *Una procedura moderna per un codice di provincia. La disciplina del processo nella legislazione penale del Principato di Lucca*, in *Saggi di storia del processo penale nell'età della codificazione*, Padova, Cedam, 2001.

DI DONATO, Francesco, *La rinascita dello Stato. Dal conflitto magistratura-politica alla civilizzazione istituzionale europea*, Bologna, Il Mulino, 2010.

DÖLEMEYER, Barbara, *Ministère public und Staatsanwaltschaft – Der Einfluss des "modèle judiciaire français" im Rheinland*, in DURAND, Bernard, MAYALI, Laurent PADOA SCIOPPA, Antonio, SIMON, Dieter (Herausgeber), *Staatsanwaltschaft. Europäische und amerikanische Geschichten*, Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann, 2005.

DWORKIN, Ronald, *Taking rights seriously*, Cambridge, MA: Harvard University Press, 1977.

ENDERS, Christoph, *Die Menschenwürde in der Verfassungsordnung*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1997.

ELLSCHEID, Günter, *Rechtsstaatliche Defizite in der Stellung der Staatsanwaltschaft*, in JUNG, Heike, MÜLLER-DIETZ, Heinz, NEUMANN, Ulfried (Herausgeber), *Perspektiven der Strafrechtsentwicklung*, Baden-Baden, Nomos, 1996.

FERRAJOLI, Luigi, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, ottava edizione, Roma-Bari, Laterza, 2004.

_____ . *Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia*, trad. spagnola di Andrea Greppi, Madrid, Trotta, 2006.

_____ . *Quali sono i diritti fondamentali?*, in MAZZARESE, Tecla (a cura di), *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*, Torino, Giappichelli, 2002.

_____ . *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, Volume I (*Teoria del diritto*), Roma-Bari, Laterza, 2007.

_____ . *Per un pubblico ministero come istituzione di garanzia*, in *Questione giustizia*, n. 01, Milano, Franco Angeli, 2012.

_____ . *Per una carta dei beni fondamentali*, in MAZZARESE, Tecla, PAROLARI, Paola (a cura di), *Diritti fondamentali. Le nuove sfide*, Torino, Giappichelli, 2010.

FILANGIERI, Gaetano, *La scienza della legislazione*, Volume terzo, Milano, Società tipografica de' classici italiani, 1822.

FIORAVANTI, Maurizio, *Appunti di storia delle costituzioni moderne. Le libertà fondamentali*, seconda edizione, Torino, Giappichelli, 1995.

GAUDEMET, Jean, *Institutions de l'Antiquité*, Paris, Montchrestien, 1969.

GIANNOULOPOULOS, Dimitrios, *Aspects modernes du ministère public hellénique:* indépendance et responsabilità pour des procureurs omnipotents, in C. LAZERGES (sous la direction de), *Figures du parquet*, Paris, PUF, 2006.

GIMENO SENDRA, Vicente, *La legitimación del Ministerio fiscal en los procesos de amparo*, in *Revista del Ministerio fiscal*, núm. 7, Madrid, Ministerio de Justicia, 2000.

GODARD, Joëlle, *L'influence du droit français sur le développement de la pensée juridique et du droit écossais*, in *Revue historique de droit français et étranger*, n. 1, Paris, Dalloz, 2004.

GÜNTER, Hans, *Staatsanwaltschaft, Kind der Revolution*, Frankfurt am Main-Berlin-Wien, Ulstein, 1973.

GUTIÉRREZ DE CABIEDES HIDALGO DE CAVIEDES, Pablo, *Derecho procesal constitucional y protección de los intereses colectivos y difusos*, in FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coordinador), *Derecho procesal constitucional*, tomo III, México, Porrúa, 2003.

HABERMAS, Jürgen, *La costellazione postnazionale. Mercato globale, nazione e democrazia* (trad. italiana de Leonardo Ceppa), terza edizione, Milano, Feltrinelli, 2002.

HÉLIE, Faustin, *Traité de l'instruction criminelle*, première partie, Paris, Charles Hingay, 1845.

HENRION, Hervé, SALDITT, Nicole, *Le ministère public allemand, une institution ambivalente*, in LAZERGES, Christine (sous la direction de), *Figures du parquet*, Paris, PUF, 2006.

IPPOLITO, Dario, *Mario Pagano. Il pensiero giuspolitico di un illuminista*, Torino, Giappichelli, 2008.

JACQUELIN, Mathieu, *Le Bureau du procureur près la Cour pénale internationale, enfant d'une métamorphose*, in LAZERGES, Christine (sous la direction de), *Figures du parquet*, Paris, PUF, 2006.

KELKER, Brigitte, *Die Rolle der Staatsanwaltschaft im Strafverfahren*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 118. Band, Berlin, De Gruyter, 2006.

KELLER, Gustav, *Die Staatsanwaltschaft in Deutschland: ihre Geschichte, Gegenwart und Zukunft*, Wien, Wilhelm Braumüller,1866.

KROESCHELL, Karl, CORDES, Albrecht NEHLSEN-VON STRYK, Karin, *Deutsche Rechtsgeschichte*, Band 2: 1250-1650, Köln-Weimar-Wien, Böhlau, 2008.

LE SELLYER, Achille-François, *Traité de l'exercice et de l'extintion des actions publique et privée*, tome I, Paris, A. Duran e Pedone-Laurien, 1874.

LEYETE, Guillaume, *Domaine et domanialité publique dans la France médiévale (XII^e - XV^e siècles)*, Strasbourg, Presses Universitaires de Strasbourg, 1996.

_____ . *Les origines médiévales du ministère public*, in J.-M. CARBASSE (sous la direction de), *Histoire du parquet*, Paris, PUF, 2000.

MAIER, Julio. B. J., *Derecho procesal penal*, Tomo II (*Parte general. Sujetos procesales*), Buenos Aires, Del Puerto, 2003.

MARTÍNEZ DALMAU, Rubén, *Aspectos constitucionales del Ministerio Fiscal*, València, Tirant lo Blanch-Universitat de València, 1999.

MARTUCCI, Roberto, *Il modulo inquisitorio nelle 'Ordonnances' francesi da Colbert alla Costituente*, in BERLINGUER, Luigi, COLAO, Floriana (a cura di), *Le politiche criminali nel XVIII secolo*, Milano, Guffrè, 1990.

MOMMSEN, Theodor, *Römisches Strafrecht* (2. Neudruck der Ausgabe Leipzig 1899), Darmstadt, Scientia Verlag Aalen, 1990.

MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois* [1748], Tome premier, Paris, P. Pourrat Frères, 1831.

OLLERO TASSARA, Andrés, *Diritto "positivo" e diritti umani*, Torino, Giappichelli, 1998.

ORTOLAN, Joseph-Louis-Elzéar, LEDEAU, L., *Le Ministère public en France. Traité et code de son organisation, de sa compétence et de ses fonctions dans l'ordre politique, judiciaire et administratif*, Tome I, Paris, Fanjat Aîné, 1831.

ÖRÜCÜ, Esin, *A general view of 'legal families' and of 'mixing systems'*, in ÖRÜCÜ, Esin, NELKEN, David (edited by), *Comparative law. A Handbook*, Oxford-Portland-Oregon, Hart Publishing, 2007.

PADOA SCHIOPPA, Antonio, *I philosophes e la giuria penale*, in *Nuova rivista storica*, Anno LXX, 1986.

PANAIT, Romana, *Le ministère public roumain:* évolution et controverses, in LAZERGES, Christine (sous la direction de), *Figures du parquet*, Paris, PUF, 2006.

PARDESSUS, Jean-Marie, *Essai historique sur l'organisation judiciaire et l'administration de la justice depuis Hugues Capet jusqu'à Louis XII*, Paris, Auguste Durand, 1851.

PENNA MARINHO, Inezil, *Grandes julgamentos da Grécia antiga. Aspásia-Sócrates-Frinéia. Organização judiciária de Atenas e noções de direito processual ateniense*, Brasília, Horizonte, 1979.

PIETRINI, Stefania, *Sull'iniziativa del processo criminale romano (IV-V secolo)*, Milano, Giuffrè, 1996.

PITTARO, Paolo, *Lineamenti del processo penale lucchese*, in VINCIGUERRA, Sergio (a cura di), *Codice penale per il principato di Lucca*, Padova, Cedam, 2000.

ROST, Antje, RUEGENBERG, Guido, *"The independence and accountability of the Prosecutor of a Permanent International Criminal Court"*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 111. Band, Berlin-New York, De Gruyter, 1999.

ROXIN, Claus, *Posición jurídica e tareas futuras del ministerio publico*, trad. espanhola de Julio B. J. Maier e Fernando J. Córdoba, in AA.VV., *El Ministerio Publico en el proceso penal*, reimpresión, Buenos Aires, Ad Hoc, 2000.

REID, William, *The origins of the office of Procurator Fiscal in Scotland*, in *Juridical review*, n. 10, London, 1965.

SABINI, Angelo, *Leggi criminali del serenissimo dominio veneto in un solo volume*, Venezia, Antonio Pinelli, 1751.

SIRACUSA, Francesco, *Pubblico Ministero (diritto processuale penale)*, in D'AMELIO, Mariano (a cura di), *Nuovo digesto italiano*, Tomo X, Torino, Utet, 1939.

SCHMIDT VON ILMENAU, Karl Adolf, *Prinzipieller Unterschied zwischen römischem und germanischem Recht* [Neudruck der Ausgabe Rostock 1853], Darmstadt, Scientia Verlag Aalen, 1964.

STEFANI, Gaston, LEVASSEUR, Georges, BOULOC, Bernard, *Procédure pénale*, 18e édition, Paris, Dalloz, 2001.

STOLFI, Emanuele, *Introduzione allo studio dei diritti greci*, Torino, Giappichelli, 2006.

TARUFFO, Michele, *Diritti fondamentali, tutela giurisdizionale e alternative*, in T. MAZZARESE (a cura di), *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*, Torino, Giappichelli, 2002.

TOUBON, Jacques, *Quel Ministère Public dans la République? Réflexions sur les rapports entre le Parquet et le pouvoir politique*, in COUR DE CASSATION (sous l'égide de), *Quel avenir pour le Ministère Public?*, Paris, Dalloz, 2008.

VARANO, Vincenzo, BARSOTTI, Vittoria, *La tradizione giuridica occidentale*, Volume I, terza edizione, Torino, Giappichelli, 2006.

VERRI, Pietro, *Osservazione sulla tortura*, a cura di S. CONTARINI, Milano, Bur, 2006.

VOGLER, Theo, *Der Schutz der Menschenrechte bei der internationalen Zusammenarbeit*

in Strafsachen, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 105. Band, Berlin-New York, De Gruyter, 1993.

VOLFF, Jean, *Le ministère public*, Paris, PUF, 1998.

WERLE, Gerhard, *Menschenrechtsschutz durch Völkerstrafrecht*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 109. Band, Berlin-New York, De Gruyter, 1997.

ZUMPT, August Wilhelm, *Der Kriminalprozess der römischen Republik* (Neudruck der Ausgabe Leipzig 1871), Darmstadt, Scientia Verlag Aalen,1993.

DESAPARECIMENTO: ENTRE O DIREITO DE LIBERDADE E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

André Luiz de Souza Cruz*

"Na natureza nada se cria, nada se perde, tudo se transforma."[1]

Considerações iniciais

Sistematicamente estudado sob a ótica "político-sócio-psicológica" daquele que busca. Genericamente encarado como efeito de uma causa comum. A questão do desaparecimento de pessoas sempre envolveu mais mistérios do que comportam casos isoladamente observados ou o fenômeno em sua integralidade.

Historicamente, o desaparecimento sempre recebeu da moldura do sofrimento familiar e da investigação de atos ditatoriais, contornos bem definidos. Uma primeira busca bibliográfica realizada para a produção desse trabalho, e o resultado encontrado quando da análise dos títulos associados ao tema já indicava, de logo, uma grave tendência epistemológica de tratamento científico do problema.

Quase 30 anos após a redemocratização, e mergulhado em uma realidade de aproximadamente 6.000 casos anuais de desaparecimento só no estado do Rio de Janeiro, a questão continua limitada, por opções científicas, políticas ou jurídicas, a discutir causas e efeitos de atos do regime militar. Embora seja de inquestionável importância para o processo democrático mundial estudar e compreender também este fenômeno[2], "desaparecimento" parece um termo que mais serve a designar do que qualificar circunstâncias.

Na miopia de uma maior amplitude e profundidade sobre a questão, os mesmos 6.000 mil casos de desaparecimento são tratados, ainda hoje, através de uma experiência policial empírica. Metodologia que não classifica ou

* Servidor do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, lotado no Programa de Localização e Identificação de Desaparecidos - PLID. Pós-Graduado em Direito da Administração Pública com docência em ensino superior, pela UFF - Universidade Federal Fluminense.

[1] A lei da conservação das massas ou "Lei Lavoisier" foi publicada no livro Traité Élémentaire de Chimie (Tratado Elementar de Química). LAVOISIER, Antoine_Laurent. *Tratado Elementar de Química*. São Paulo: Madras Editora. 400 págs.

[2] Segundo dados da Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos, a Argentina, durante os dois períodos ditatoriais (1966-1973 e 1976-1983) somou aproximadamente 30 mil mortos e desaparecidos. O Uruguai, no período de 25 anos, estima-se, produziu 400 mortos e desaparecidos. No Chile do Presidente Augusto Pinochet, entre muitas discussões, fala-se sobre algo entre 3.000 e 10.000 mortos e desaparecidos. Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos. *Direito à verdade e à memória: Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos*. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2007. págs. 20 e 21.

compreende o fenômeno, e por isso, não sabe como resolvê-lo. Não obstante estime-se que apenas pequena parte dos relatos de desaparecimento tenha como origem causas criminais, o registro e tratamento policial ainda é a melhor, senão única forma de enfrentamento de um fenômeno que é multicausal.

Minha incorporação ao Programa de Localização e Identificação de Desaparecidos do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (PLID) no segundo semestre de 2013 e o acompanhamento de casos reais e atuais de desaparecimento e localização de pessoas, suas nuances e peculiaridades, levaram à sistematização das conclusões abaixo, fruto de discussões que já eram travadas no âmbito do Programa há alguns anos[3].

O trabalho que segue a essas linhas introdutórias, não tem a pretensão de explicar um fenômeno que pode ser considerado tão complexo quanto à própria psique humana, mas sim, desmistificar premissas que ofuscam conclusões objetivas para compreensão, e quem sabe, solução de um maior número de casos. Construir uma rota alternativa de busca e esperança para as famílias dos desaparecidos de hoje, complementando a tradicional tríade policial dos hospitais, delegacias e necrotérios.

Tomando por empréstimo a "lei da conservação das massas" – "Lei Lavoisier" como ficou historicamente conhecida – pessoas desaparecidas não se desmaterializam ou são desmaterializadas. Compreender e encarar o fato de que se transformam em algo, e descobrir em que, é o melhor exercício para tornar efetiva a possibilidade de localização.

Arriscando uma simplificação preliminar, "desaparecimento" parece não ser mais do que o desconhecimento ou a falsa percepção de fatores externos ou íntimos que atuam sobre o ser humano, que incompreendidos, colocam-no sob um *status* – em regra meramente estatístico – que dificulta a compreensão das verdadeiras circunstâncias que permitem a sua busca e localização. Sob o enfoque de quem busca, *desaparecido* talvez seja o pior rótulo que se possa dar a alguém que se procura, principalmente diante da máxima de que *"na natureza, nada se perde"*.

A lógica do improvável: reflexos da incompreensão

A clara dificuldade de compreender o desaparecimento enquanto fato social que pode estar vinculado a uma série de circunstâncias diferentes[4], converte-se, invariavelmente, em obstáculo na fixação das melhores ou possíveis ações de busca. Ao longo dos anos, várias soluções foram sendo elaboradas e muitas vezes promovidas pelas próprias famílias[5]. Longe de fomentar quaisquer críticas a tais iniciativas, a realidade é que elas sempre

[3] Vale destacar que as conclusões apresentadas neste artigo são fruto de posicionamentos pessoais e, embora extraídas da observação cotidiana no Programa de Localização e Identificação de Desaparecidos do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro - PLID, não são institucionais.

[4] Segundo Dijaci David de Oliveira: "o desaparecimento é um fenômeno multicausal". OLIVEIRA, Dijaci David de. *Desaparecidos civis: conflitos familiares, institucionais e segurança pública.* 2007. 317 f. Tese (Doutorado em Sociologia) – Faculdade de Sociologia, Universidade de Brasília, Brasília, 2007. pág. 27.

[5] Fixação de cartazes, elaboração de cadastros de desaparecidos e divulgação de fotografias.

são: para aqueles que encontram, a melhor solução; para aqueles que ainda buscam, a melhor esperança; para o Estado, na ausência de uma política pública mais efetiva, o possível.

Enquanto segmento do Estado historicamente responsável pelo registro de desaparecimentos, parece que a polícia judiciária não desenvolveu melhores mecanismos de busca. A sistemática convencional das diligências policiais não se mostra efetiva quando a "apuração" recai sobre a busca de pessoas desaparecidas[6]. *"Prima facie"*, não há crime, logo, não há materialidade ou vestígios passíveis de análise[7]. Não há vítima ou sequer agente sobre o qual concentrar a investigação. De fato, não há sequer persecução sobre a qual aplicar as rotinas policiais.

Analisando a questão no estado do Rio de Janeiro, nota-se que a política "oficial" de tratamento do problema *"registro de desaparecimento"*, parece levar a dois procedimentos relativamente contraditórios e aparentemente pouco eficazes. Tratando o fenômeno como fato atípico, não há a instauração de inquérito policial para apurar o desaparecimento em si mesmo. Tais casos, uma vez registrados, são acompanhados através das chamadas Verificações Preliminares de Inquéritos[8] (VPI) e convertidos em inquéritos apenas quando há fortes indícios de crime em relação causal com o desaparecimento.

Associada a tal praxe policial, previsão regulamentar[9] dispondo que as Verificações Preliminares de Inquéritos, procedimentos administrativos, devem ser remetidos às chamadas Seções de Descobertas de Paradeiro - SDP, órgãos instalados nas Delegacias de Homicídios. Em outras palavras, por mais contraditório que pareça, embora o desaparecimento não constitua, em tese, crime, é "apurado" pelas delegacias especializadas em crimes contra a vida, invariavelmente rotulados como os de maior gravidade dentro do sistema jurídico.

Desconsiderando eventuais questões de política criminal, a remessa às Divisões de Homicídios, com a inevitável concentração dos casos[10], afasta o segmento "buscador" dos fatos, locais e pessoas envolvidas no desaparecimento, prejudicando qualquer ação mais efetiva de localização através dos moldes policiais de ação.

Com efeito, a busca de desaparecidos, longe de seguir uma racionalidade prática, tende a aderir à lógica do improvável como mecanismo de solução. Felizmente o improvável, vez por outra, termina se confirmando na prática e algumas famílias, ainda que erraticamente, localizam seus desaparecidos.

---

[6] Neste sentido, notar que o ISP - Instituto de Segurança Pública do Rio de Janeiro divulga os casos de desaparecimentos registrados mensalmente, porém, não mantém informações sobre localização. http://www.isp.rj.gov.br/Conteudo.asp?ident=150.

[7] Art. 158 do CPP. Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado.

[8] Art. 5º, § 3º do CPP. Qualquer pessoa do povo que tiver conhecimento da existência de infração penal em que caiba ação pública poderá, verbalmente ou por escrito, comunicá-la à autoridade policial, e esta, verificada a procedência das informações, mandará instaurar inquérito.

[9] Anexo à Resolução SESEG/RJ nº 306 de 15 de Janeiro de 2010.

[10] No Estado do Rio de Janeiro, há 3 Delegacias (Divisões) de Homicídios em todo o estado. DH - Baixada Fluminense, DH - Capital e DH - Niterói. Polícia Civil do Estado do Rio de Janeiro. *Delegacias*. Disponível em: http://www.policiacivil.rj.gov.br/delegacia.asp#dgpe. Acesso em: 09 jul. 2014.

Como dito linhas acima, não se trata de fazer aqui críticas ou reparos aos procedimentos adotados pela família, pelo Estado e pela sociedade[11] para resolução de casos de desaparecimento. A incompreensão do fenômeno, e principalmente a grande necessidade de alimentar o sentimento de que algo está sendo feito, impulsionam tais mecanismos, mantendo viva a esperança do reencontro. Entretanto, sem que haja maior esforço de compreensão sobre a órbita em que gravitam os desaparecidos, nunca será possível passar da lógica do improvável, para uma provável lógica do que de fato ocorre quando uma pessoa "desaparece".

Em aproximadamente quatro anos de existência, o Programa de Localização e Identificação de Desaparecidos do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro – PLID localizou e identificou pouco mais de 1.500 pessoas. Como filosofia, a premissa de que pessoas não desaparecem, transformam-se em algo, e compreender este algo, ainda que seja a mesma pessoa com vida socioeconômica ativa em outro lugar, é o que permite localizá-las.

Deixar de buscar desaparecidos e concentrar esforços na identificação de achados, eliminando a fragmentação de sistemas que fazem presumir que alguém de fato, desapareceu, tem se mostrado um exercício mais profundo e promissor do que o simples buscar e aleatoriamente, encontrar. Exercício este que exige a compreensão do próprio fenômeno "desaparecimento" enquanto fato e circunstância. Porém, antes de descer a tais considerações, vale expor alguns casos que servirão de plataforma não só para demonstrar a aleatoriedade dos atuais métodos de busca, mas, principalmente, para classificar o desaparecimento enquanto fenômeno jurídico e objeto de atuação do Ministério Público[12].

Amadeu Soares de Araújo

Em 17 de setembro de 2009, o senhor Amadeu Soares de Araújo, à época com 23 anos de idade, diagnosticado com "atraso mental e autismo", saiu de casa, em Diadema, "desaparecendo" [13].

"Durante dois meses, a família conseguia juntar mais de 30 amigos da vizinhança, que saíam às ruas em busca de Amadeu diariamente. Por mais seis meses além desse tempo, Jacqueline [irmã] *ia à Rodovia dos Imigrantes, para onde suspeitavam que o rapaz tivesse caminhado. Quando não estava no trabalho, Maria Zélia* [mãe] *acompanhava a filha em quilômetros de andanças, à procura de qualquer pista. 'Chegava uma hora que a gente não sabia o que doía mais: andar descalço e queimar a sola do pé no asfalto ou calçar o chinelo e sentir que o atrito assava a pele entre os dedos', conta a mãe"* [14].

[11] Quando fala-se em sociedade, refere-se, principalmente, ao trabalho desenvolvido por várias ONGs que dedicam-se ao cadastramento e apoio às famílias de desaparecidos.

[12] No que se refere aos casos extraídos da experiência cotidiana no Programa de Localização e Identificação de Desaparecidos – PLID reservo especial agradecimento ao Gestor PLID, Valbert Adelino de Oliveira Santos, por sua contribuição na pesquisa e descrição dos casos.

[13] CARVALHO, Rafaela Silveira de Souza Ferraz. *Sem resposta: dor, luta e esperança na busca por pessoas desaparecidas*. 2013. 76 f. Trabalho de conclusão de curso (Graduação em Comunicação Social com habilitação em Jornalismo) Escola de Comunicações e Artes, Departamento de Jornalismo e Editoração. Universidade de São Paulo, São Paulo. págs. 45 a 53.

[14] *Idem*. pág. 48.

Segundo relatos da família, desorientado, Amadeu seguiu caminhando até a cidade de Sorocaba, aproximadamente a 110 km de distância[15]. Envolvido em uma ocorrência policial, terminou internado no Hospital Psiquiátrico Vera Cruz, onde permaneceu boa parte do seu período de desaparecimento - quatro anos - até que a lógica do improvável resolvesse atuar.

Durante os anos em que Amadeu permaneceu internado, sua família distribuiu fotografias, como de hábito fazem as famílias de pessoas desaparecidas. Vendo a imagem divulgada em um canal de televisão, um ex-funcionário da clínica psiquiátrica reconheceu o paciente, fazendo contato com a emissora e, posteriormente, com a família.

Descrever o final da estória parece mero exercício de retórica, mas o fato é que o senhor Amadeu, salvo sob a ótica da família, nunca foi, técnica e literalmente, uma "pessoa desaparecida". Seu histórico de comprometimento cognitivo o colocava, fora da esfera de cuidados da família, sob uma clara condição de vulnerabilidade e situação de risco. A condução a uma clínica de tratamento parecia destino natural, dadas as suas características pessoais. Uma vez internado, sua identificação e subsequente localização dos familiares, a lógica do provável. Ainda assim, o senhor Amadeu permaneceu internado, sem identificação, durante aproximadamente três anos e meio, período em que a família caminhava, aleatoriamente, em busca de alguma notícia.

Considerando as circunstâncias de seu desaparecimento e localização, a verdade é que se o senhor Amadeu fosse tão rotulado em uma ponta como não identificado, quanto foi e outra como desaparecido, a compensação natural entre os dois universos trataria de solucionar os fenômenos que recaíram sobre a mesma existência humana. Não haveria de um lado um desaparecido, como também não haveria de outro um vulnerável em situação de risco, sem referências familiares.

Durante o período de seu "desaparecimento", o senhor Amadeu esteve ao menos em três oportunidades, em condições de ser identificado e localizado. Envolve-se em uma ocorrência policial. Foi levado ao hospital, segundo relatos da família, com o uso de uma ambulância pública e permaneceu por mais de três anos em uma unidade hospitalar. Contudo, foi necessário que o acaso tornasse sua localização possível.

Rosana

Segundo o disposto no artigo 2° da Lei 8.501/1992, o cadáver não reclamado junto às autoridades públicas dentro do prazo de 30 dias, pode ser doado para fins de pesquisa científica[16].

No ano de 2010, chegava ao Programa de Localização e Identificação de Desaparecidos - PLID, o registro de desaparecimento da senhora Rosana, ocorrido em 2001. Segundo relato de seus familiares, não havia motivo aparente para o desaparecimento[17]. Através de pesquisas realizadas pelo Programa no

[15] Fonte: https://www.google.com.br/maps. Acesso em: 25 jun. 2014.

[16] Art. 2º da Lei 8.501/1992. O cadáver não reclamado junto às autoridades públicas, no prazo de trinta dias, poderá ser destinado às escolas de medicina, para fins de ensino e de pesquisa de caráter científico.

[17] Segundo dados do Programa de Localização e Identificação de Desaparecidos - PLID,

ano de 2013, chega-se à informação de que desaparecida teria falecido em atendimento no Hospital Souza Aguiar, localizado na região central do Rio de Janeiro. Segundo indicava a pesquisa, o óbito teria ocorrido no ano de 2009.

Recorrendo ao hospital, a notícia de paradeiro buscada por doze longos anos. O cadáver, não reclamado dentro do prazo legal, fora doado para uma instituição de ensino, destinando-se a estudo científico.

Embora fosse absolutamente improvável localizar a senhora Rosana nestas circunstâncias, o fato que este foi o final reservado para o seu caso. Caminhando passos atrás no "trajeto" dos treze anos de seu desaparecimento, não é difícil concluir que, não fosse por uma ironia do destino, vários outros momentos teriam apresentado circunstâncias mais prováveis de localização. Aparentemente, entre os anos de 2001 e 2009, a senhora Rosana manteve uma vida socioeconômica ativa, tendo apenas optado por não mais manter vínculo com seus familiares. Em outras palavras, "desapareceu" voluntariamente.

No ano de 2009, ingressou para atendimento médico no Hospital Souza Aguiar, como qualquer outro cidadão. Durante 30 dias, seu corpo permaneceu naquele mesmo hospital, identificado[18], mas sem ser reclamado por ninguém. Ultrapassado este prazo, passou por um processo formal de destinação para estudo científico, tal qual previsto em lei.

Não pretendendo descer aqui à flagrante desproporcionalidade da Lei 8.501/1992 frente ao ordenamento jurídico, afinal, tal lei, se comparada à que autoriza a doação de órgão para transplante, parece extremamente complacente com a disposição do corpo, fato é que a senhora Rosana terminou sendo localizada quando menos provável era a sua localização, ao menos através de métodos racionais. Desprezaram-se nove anos de possibilidades efetivas de busca, para relegar seu destino à lógica do improvável. Felizmente também neste caso, ela mais uma vez operou.

"Pessoa em situação de rua", Alegrete - RS

No ano de 2013, uma "pessoa em situação de rua" entra em uma loja na cidade de Alegrete, próximo à fronteira com o Uruguai, no Rio Grande do Sul. Trata-se do senhor André Luiz, morador do bairro de Laranjeiras na cidade do Rio de Janeiro, desaparecido desde o dia 10/12/2011.

Não seria mais que outro cliente, se não chamasse a atenção da funcionária que o atendia, pelos conhecimentos técnicos de telefonia móvel, apresentados durante o rápido contato pessoal. Antes de tornar-se morador de rua e andarilho - além das circunstâncias de sua localização, pouco se sabe sobre o período de seu desaparecimento - o senhor André Luiz fora funcionário da operadora de telefonia TNL PSC S.A. - Oi, no Rio de Janeiro. Daí os conhecimentos demonstrados durante a conversa com a atendente, que viriam a possibilitar sua localização.

---

aproximadamente 35% dos casos de desaparecimento não têm motivo aparente.

[18] Vale ressaltar que analisando a documentação que atestou o óbito da nacional, foi possível constatar que o hospital detinha todos os dados de sua identificação civil.

Aguçada pela demonstração de capacidade intelectual do cliente "morador de rua", a atendente inicia um processo espontâneo de busca via internet, chegando à informação de que o mesmo figurava como desaparecido em um site do gênero.

A possibilidade de tal fortuito ocorrer novamente dispensa qualquer comentário. Seja como for, essa foi a solução reservada para o caso do senhor "pessoa em situação de rua", e inegavelmente, a mais efetiva para a sua família.

"Foi durante uma operação policial então..."

Nestes termos o senhor Izaias explicava seu semblante de espanto ao receber, na sede do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, a notícia de que seu irmão, desaparecido há dois anos, possivelmente teria passado a noite em um abrigo mantido pela Fundação Leão XIII no Rio de Janeiro[19].

Ao retornar do local indicado na informação. *"É o meu irmão mesmo, não encontrei ele, mas vou poder dizer para minha mãe que o meu irmão está vivo"*.

A desesperança justificava-se, pois no caso do senhor Juzafá, a lógica do improvável parecia não trazer alento à família e as circunstâncias de seu desaparecimento indicavam para um fim diverso. Felizmente, o monitoramento mantido pelo Ministério Público em convênio que envolve abrigos da Fundação permitiu a obtenção de uma primeira esperança e, posteriormente, a localização definitiva do desaparecido.[20]

O caso de localização do senhor Juzafá expõe em nervos a lógica do improvável. Deixa claro que parece contraproducente evitar soluções factíveis de busca para, simplesmente, aderir ao rótulo vazio do "desaparecimento" ou à improbabilidade de localização.

Os sucessivos exemplos de sucesso garimpados na literatura e vivenciados no dia a dia não deixam dúvidas. Para cada localizado individualmente considerado, em sua estória pessoal, pouco importa qual o meio mais eficaz de busca. As diversas lógicas do improvável, associadas à boa vontade de alguns indivíduos e, quem sabe, à providência divina, são os fatores que permitem localizar pessoas desaparecidas. Contudo, os dados das secretarias de segurança demonstram uma clara tendência de crescimento do fenômeno.[21]. Sem que surjam alternativas para substituição desta lógica, talvez o acaso não consiga atender a todas as famílias e o fenômeno siga incompreendido pelos entes estatais envolvidos, queiram ou não, em sua solução.

[19] "Vinculada à SEASDH - Secretaria de Estado de Ação Social e Direitos Humanos do Estado do Rio de Janeiro - a Fundação Leão XIII atua estrategicamente no enfrentamento da pobreza e risco social, coordenando e executando programas e projetos sociais, em consonância com a Política de Assistência Social". Governo do Estado do Rio de Janeiro. Leão XIII. Disponível em: http://www.leao.rj.gov.br/quem_somos.asp. Acesso em: 09 de jul. 2014.

[20] Meses após, o Ministério Público obtinha a informação de que o mesmo desaparecido teria estabelecido vínculo formal de trabalho, local em que seus familiares o reencontraram.

[21] Em janeiro de 2012, o Instituto de Segurança Pública do Estado do Rio de Janeiro divulgou dados contando 513 casos de desaparecimento. No mesmo mês de 2013, 554 casos. Em janeiro de 2014, 628 casos. Secretaria de Estado de Segurança. *Dados oficiais*. Disponível em: http://www.isp.rj.gov.br/Conteudo.asp?ident=150. Acesso em: 09 de jul. 2014.

Desaparecimento, um fenômeno sob dois prismas

Como todo processo de produção cultural, a elaboração deste estudo não fugiu à regra de uma prévia pesquisa de conteúdo científico. Entretanto, ao contrário do que habitualmente ocorre na seara jurídica, na qual a produção científica sempre é extremamente profícua, o resultado bibliográfico demonstrou uma deficiência que embora tenha se apresentado em um primeiro momento como obstáculo à compreensão do tema, em outro, indicou claramente o corte epistemológico que lhe deveria ser dado.

Somente dois entre dez trabalhos (livros, monografias e artigos científicos)[22] consultados na primeira pesquisa diziam respeito ao tema desaparecimento genericamente considerado. Em sua maioria, as produções bibliográficas tratavam de situações de capturas[23], condução[24], tortura[25] e homicídios com ocultação de cadáver[26], pelo exercício de atividades político-partidárias contrárias a regimes ditatoriais.

Apesar do marco convencional sobre a matéria ter criado a figura do "desaparecimento forçado"[27], classificação específica aplicável aos casos em que o indivíduo "desaparece" sob a tutela do Estado, muitos desaparecimentos são assim rotulados na ausência de uma melhor análise sobre o seu verdadeiro pano de fundo.

Em pesquisa apresentada como tese de doutoramento no Instituto de Ciências Sociais do Departamento de Sociologia da Universidade de Brasília, o doutor Dijaci David de Oliveira listou – sob a ótica da família – cinco elementos como possíveis produtores do fenômeno do desaparecimento: "conflitos; violência urbana; doenças; sequestro de menores e ausência de informações".[28]

[22] As pesquisas foram inicialmente feitas através de sites de busca na internet e posteriormente complementadas com as fontes bibliográficas colhidas nestes trabalhos.

[23] Caso Chael Charles Schreier – "*Mauro* foi logo capturado, mas Chael e a jovem enfrentaram a polícia a bala e bombas feitas com canos de ferro recheados de pregos. Quando o aparelho estava tomado de gás lacrimogêneo, renderam-se e saíram da casa com os braços para cima." GASPARI, Elio. *A ditadura escancarada*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002. pág. 163.

[24] "Chegaram ao DOPS com as roupas em frangalhos e algumas escoriações." *Idem*.

[25] "Apanharam até o início da madrugada, quando os mandaram para a 1ª Companhia de PE, base operacional do CIE na Vila Militar". (...) "Amanhecia o sábado quando tocou o telefone do oficial de plantão do CIE, no quartel-general. Era o tenente-coronel Luiz Helvecio da Silva Leite. Havia um cadáver na 1ª Companhia da PE. Em casos anteriores esse tipo de problema fora resolvido com procedimento rotineiro. Fechava-se o caixão, proclamava-se o suicídio e sepultava-se o morto". *Idem*.

[26] Caso Mário Alves, o *Vilas* – "Mário Alves ficou oito horas na Sala Roxa. No início da manhã seguinte o cabo da guarda chamou quatro prisioneiros para limpá-la. Num canto, havia um homem ferido. Sangrava pelo nariz e pela boca" (...) "*Vilas* não voltou a ser visto. Tornou-se um 'desaparecido', o primeiro a colocar no cenário político brasileiro o personagem da viúva que cobrava o cadáver do marido." (...) "Aos olhos dos oficiais da máquina de repressão, o desfecho do assassinato de Chael tornou-se um problema, mas o de Mário Alves, uma solução. O seu desaparecimento encerrava a discussão acerca do que lhe fizeram na Sala Roxa. *Idem*, págs. 171, 172 e 173.

[27] Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas – Artigo II – "Para efeito desta Convenção, entende-se por desaparecimento forçado a privação de liberdade de uma pessoa ou mais pessoas, seja de que forma for, praticada por agentes do Estado ou por pessoas ou grupos de pessoas que atuem com autorização, apoio ou consentimento do Estado, seguida de falta de informação ou da recusa a reconhecer a privação de liberdade ou a informar sobre o paradeiro da pessoa, impedindo assim o exercício dos recursos legais e das garantias processuais pertinentes".

[28] OLIVEIRA, Dijaci David de. *Desaparecidos civis: conflitos familiares, institucionais e segurança pública*.

Se é certo que um olhar jurídico mais apurado pode promover algum reparo em tais conclusões, não é menos certo que o olhar apresentado fornece excelentes subsídios para isso.

O fato social desaparecimento é um fenômeno que deve ser analisado - com a proposta de estabelecer qual a sua natureza jurídica - de traz para frente. Saber qual o seu real enquadramento no plano jurídico pressupõe compreender quais as causas que levam uma pessoa a desaparecer. Mais que isso, saber se de fato o desaparecimento, enquanto fenômeno que recai sobre um indivíduo que tem massa corporal física, pode ser tratado como ficção jurídica.

O exemplo dos desaparecidos políticos é ilustrativo neste aspecto. Superado período ditatorial, ruminados os efeitos amargos de sua existência e iniciado o processo para exorcizar os seus fantasmas, perguntas que nunca são feitas parecem ser as mais elementares. Ainda é possível falar em pessoas desaparecidas sob tais circunstâncias? Um dia foi possível falar em pessoas desaparecidas sob a custódia do Estado, sendo conhecidas as circunstâncias do "desaparecimento" e intuídos os destinos dos "capturados políticos"? Há espaço para pensar, tecnicamente, em desaparecimento?

No curso de seus trabalhos, a Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos da Secretaria Especial dos Direitos Humanos reconheceu como mortas e desaparecidas durante o regime ditatorial brasileiro, 339 pessoas[29]. Porém, como demonstram os casos apresentados notas acima[30], as circunstâncias de desaparecimento eram, em regra, conhecidas e dadas às condições em que realizadas algumas capturas - públicas -, a exemplo da que levou o estudante de medicina Chael à 1ª Companhia de Polícia do Exército na Vila Militar do Rio de Janeiro, o termo desaparecimento já àquele tempo parecia utilizado inadequadamente.[31]

No ano de 2002, a Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República - SDH/PR, por meio da Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Criança e do Adolescente - SNPDCA formalizou a Rede Nacional de Identificação e Localização de Crianças e Adolescentes Desaparecidos - ReDESAP. Embora seja de inegável importância esta e todas as outras iniciativas, públicas e privadas, voltadas ao cadastramento de crianças desaparecidas, em muitos casos, parece improvável presumir o "desaparecimento" tenha ocorrido sem intervenção e motivações externas. Crianças de dois, três anos de idade, não saem pelas ruas engatinhando ou pilotando seus potentes carrinhos e, simplesmente, desaparecem.

2007. 317 f. Tese (Doutorado em Sociologia) - Faculdade de Sociologia, Universidade de Brasília, Brasília, 2007. págs. 155 e 156.

[29] Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos. *Direito à verdade e à memória: Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos*. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2007. págs. 17.

[30] Ver notas de rodapé 3 a 6.

[31] "... o termo desaparecido é usado para definir a condição daquelas pessoas que, apesar de terem sido presas ou sequestradas, torturadas e mortas pelos órgãos de segurança, não tiveram suas prisões e mortes assumidas pelas autoridades do Estado. Dossiê Mortos e Desaparecidos. *Apud.* Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos. *Direito à verdade e à memória: Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos*. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2007. pág. 49.

No início de 2013, através de convênio firmado com a Secretaria de Segurança Pública do Estado do Rio de Janeiro, o Programa de Localização e Identificação de Desaparecidos do Ministério Público - PLID passou a monitorar certos segmentos do Poder Público. Utilizando-se de sistema de plataformas empilhadas,[32] para obter informações sobre "pessoas desaparecidas", apenas no primeiro semestre de 2014, recebeu 410 informações sobre pessoas que, para fins estatísticos, tiveram seus desaparecimentos formalmente comunicados às autoridades policiais.

Dentro deste universo, indivíduos que ingressaram no sistema penitenciário ou socioeducativo fluminense sem a devida comunicação à família[33] morreram ou foram mortos e tiveram suas mortes registradas junto aos sistemas oficiais. Ingressaram em abrigos, como ocorrido com o senhor Juzafá, entre outras circunstâncias. Comum entre eles, o fato de que – afastados alguns poucos casos – todos só eram qualificados como desaparecidos por falhas no sistema estatal de comunicação. Neste sentido, desde 2007 o Dr. Dijaci David de Oliveira indicava como causa de registros de desaparecimento a ausência de informações.

Ainda que a construção pareça um tanto quanto teórica, a experiência demonstra a necessidade de compreender, dentro deste universo cinzento, quem e o que de fato significa desaparecimento de pessoas. Junto a isso, saber a quem ou ao que se presta qualificar uma pessoa como desaparecida, quando todas as circunstâncias conhecidas de seu desaparecimento indicam conclusões lógicas e juridicamente muito mais estáveis.

Não se trata de negar que para alguns casos em que a injustiça de uma decisão excessivamente técnica salta aos olhos[34], nada melhor que uma boa ficção para reaproximar o Direito de um desiderato muitas vezes perdido entre as idas e vindas do processo democrático[35]. Mas quando o objetivo é a busca do desaparecido, não encarar a realidade de que aquele ser humano – "desaparecido" – não deixou de ser humano por ser rotulado como tal e, possivelmente, faz ou está sujeito às mesmas coisas que todos nós, aplicar-lhe este rótulo é certamente um equívoco. Em última análise, é desconsiderar uma premissa de mais de duzentos anos. *"Na natureza, tudo se transforma"*.

Dentro deste universo de incertezas, algumas máximas policiais se

[32] Para sistema de plataformas empilhadas ver: OLIVEIRA, Pedro Borges Mourão Sá Tavares de. Tecnologia e o Ministério Público: admirável mundo novo. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro* – nº 50 – Rio de Janeiro. 2014. págs. 163 a 168.

[33] Art. 5º, LXII da CRFB. A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada.

[34] Segundo a "fórmula de Radbruch", até a lei patentemente injusta não é lei.

[35] Neste aspecto, ver julgamento do General Pinochet no Chile. "Em relação às vítimas, é preciso esclarecer que o ministro Juan Guzmán limitou o caso a apenas 19 vítimas de 'sequestro qualificado'. Isto se explica pela lei de anistia vigente e pela interpretação que lhe estava dando o tribunal de justiça. Quer dizer, anistiavam-se somente os casos em que o assassinato estava provado e os corpos devidamente identificados e entregues às famílias. No caso da 'caravana da morte', 19 pessoas continuavam, no ano de 2000, na qualidade de detidos-desaparecidos e eram portanto vítimas de 'sequestro qualificado', delito que não prescreve nem pode ser anistiado, até que se esclareçam os casos e apareçam os cadáveres". VERDUGO, Patrícia. *A caravana da morte: o livro que levou Pinochet ao banco dos réus*. Rio de Janeiro: Revan, 2001. pág. 200.

cruzam e ajudam, por exclusão, a compreender a natureza do desaparecimento. Tanto em forma quanto em conteúdo, desaparecimento, por si só, não constitui crime. Tal conclusão parece tão elementar quanto contraditória é a de que a polícia é o segmento do Estado responsável por "apurar" os casos de desaparecimento[36].

Entrevistas realizadas com Delegados de Polícia de várias unidades da federação confirmaram as duas premissas. Segundo alguns deles, desaparecimento é um problema que deve ser solucionado pela família[37], muito embora haja a cultura do registro policial.

Mesmo não sendo esse o local adequado para evoluir em tal digressão, pois isso significaria fugir improdutivamente do objeto deste trabalho, um questionamento surge naturalmente. Teria o Estado encontrado novos motivos para não enfrentar problemas rotulados como desaparecimento, ou para beneficiar-se deste rótulo? Se a resposta a esta pergunta é positiva ou não, a realidade é que curvas de registros de desaparecimentos têm cores mais agradáveis que as de homicídios.

Como é possível notar, compreender a verdadeira natureza do desaparecimento é enfrentar dilema de causalidade parecido com o ovo da galinha. Em muitas hipóteses, as causas do registro de desaparecimento, ou seja, o motivo apresentado pela família para a ocorrência de tal fenômeno, não corresponde ao seu verdadeiro fato deflagrador. Assim se dá, hora por desconhecimento, hora pela necessidade de não enfrentar os verdadeiros motivos que levaram um familiar a "desaparecer".[38] Por outro lado, como visto linhas acima, o desconhecimento da causa leva, em muitos casos, a uma classificação equivocada do fenômeno e rotulação indiscriminada de várias outras figuras jurídicas sob o título de "desaparecimento".

Pensando através de uma lógica de exclusão, e deixando de lado a ficção do "desaparecimento forçado", parece razoável dizer que o desaparecimento somente ocorre quando não há uma força física ou moral externa atuando sobre a pessoa do desaparecido que o leve contra sua vontade, a perder contato ou impedir de restabelecê-lo com as pessoas de seu convívio.

Pessoas mortas ou encarceradas não são pessoas verdadeiramente desaparecidas. A falsa percepção de desaparecimento decorre, na maior parte das vezes, da ausência de comunicação da família sobre a atual situação do "desaparecido".

Na ausência de melhor conceito jurídico, alguns estudos sociológicos tratam, contrapondo a ideia de "desaparecimento forçado" - aquele provocado

[36] Art. 144, § 4º da CRFB. Às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvadas a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares.

[37] OLIVEIRA, Dijaci David de. *Desaparecidos civis: conflitos familiares, institucionais e segurança pública*. 2007. 317 f. Tese (Doutorado em Sociologia) - Faculdade de Sociologia, Universidade de Brasília, Brasília, 2007. pág. 244.

[38] Segundo a tese do Dr. Dijaci David de Oliveira, a família é a maior produtora de desaparecimentos. *Idem*. pág. 27.

pelo Estado –, de um possível "desaparecimento civil".[39] No entanto, em que pese o valor desta construção para as ciências sociais, fora dos casos em que o indivíduo é levado ou impedido de manter contato com a família, e esta, por falha nos mecanismos de comunicação ou desconhecimento da verdadeira condição do "desaparecido", assim o conceitua, melhor falar em "desaparecimento voluntário".

Por certo, não se deve confundir voluntariedade com espontaneidade. O desaparecimento para assim ser encarado, deve ser voluntário, mas não necessariamente espontâneo. Aliás, tem se tornado muito comum a perda dos vínculos familiares, sem prévia comunicação, por indução ou convencimento alheio. Neste aspecto, o ambiente das redes sociais e outros mecanismos da internet têm prestado um verdadeiro desfavor à sociedade, mas o indivíduo não deixa de praticar voluntariamente o desaparecimento por ser ele incentivado.

Seja como for, parece que "desaparecimento" sempre será um fenômeno a ser analisado sob dois prismas de observação. Só há que se falar em desaparecimento voluntário sob a ótica de quem procura. Sob a ótica de quem está sendo procurado, desaparecido é um rótulo absolutamente vazio. Primeiro, porque quem desaparece sabe onde está. Segundo, pois talvez seja viável falar em um possível "direito ao desaparecimento" como amplo exercício do Direito à Liberdade em sua vertente ir, vir e estar, ainda que, como abaixo será demonstrado, exercido de forma irregular.

Uma teoria sobre o "Direito ao desaparecimento"

É consenso quase absoluto no mundo ocidental,[40] a ideia de que existem direitos inatos ao ser humano e por isso consagrados em uma esfera de poder anterior a qualquer organização civilizada contemporânea. Através dos ideais iluministas, a sociedade estabeleceu o que se convencionou chamar de pilares dos direitos do homem,[41] frente aos quais, quaisquer organizações sociais que venham a ser estruturadas, devem render reverencias [42].

[39] "O desaparecido civil é aqui caracterizado como sendo a pessoa que saiu de um determinado ambiente de convivência familiar ou de algum grupo de referência emocional-afetiva como roda de amigos para realizar qualquer atividade cotidiana, porém que não anunciou sua intenção de partir (daquele lugar) e jamais retornou. Sem motivo aparente, sumiu sem deixar vestígio." OLIVEIRA, Dijaci David de. *Desaparecidos civis: conflitos familiares, institucionais e segurança pública.* 2007. 317 f. Tese (Doutorado em Sociologia) – Faculdade de Sociologia, Universidade de Brasília, Brasília, 2007. pág. 18.

[40] Sobre críticas ao reconhecimento universal dos direitos humanos e fundamentais, ver: SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas.* – 2ª Ed. – Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008. pág. 5.

[41] *Idem.* pág. 6.

[42] "A teoria geral do poder constituinte foi desenvolvida por Sieyès dentro da moldura histórica e filosófica do jusnaturalismo. O poder constituinte da nação – consistente na capacidade de instituir, a qualquer tempo, uma nova ordem – encontra-se fora e acima do poder constituído, vale dizer, do sistema jurídico positivo, das instituições de poder existentes. Qualifica-se, assim, como inalienável, permanente e incondicionado, não se subordinando ao Direito preexistente. Seu fundamento de legitimidade e, consequentemente, seu limite de atuação, situava-se em um Direito superior, o direito natural, no qual se colheu justificação. BARROSO, Luiz Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo:* **os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo** – 2ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2010. pág. 110.

Pela consagração dos Direitos do Homem na esfera humana internacional e dos Direitos Fundamentais nas esferas constitucionais, tratou o Direito de positivar tais sacramentos ou moralidades mínimas[43], de forma a transformá-las no princípio e no fim da própria existência em sociedade[44]. A liberdade e a dignidade do homem, enquanto axiomas absolutos das estruturas sociais garantem um núcleo rígido de direitos sem os quais a própria existência estaria comprometida.

Dentro de uma perspectiva biológica, não seria forçoso dizer que o processo de libertação do homem enquanto ser vivo tem início com a própria fecundação.[45] Embora ainda gravada de uma restrita independência, a liberdade segue ampliando-se durante a gestação, à medida que o organismo desenvolve sentidos e órgão capazes de manter a vida autonomamente. Encontra seu auge no nascimento, quando, quebrado o vínculo original de dependência, tudo o mais passa a ser contrato social.[46]

Política, histórica e sociologicamente, os conceitos de liberdade e libertação sempre foram associados à limitação do poder do Estado e a garantia de direitos civis contra o arbítrio deste.[47] Para Carl Schmitt, os Direitos Fundamentais "propriamente ditos" - nesse caso, claramente refere-se o autor aos posteriormente classificados como Direitos de Primeira Geração ou Dimensão - em sua essência, são os direitos do homem livre e isolado. Em outras palavras, direitos que possui em face do Estado. Direitos da pessoa particular.[48]

Passados mais de duzentos anos desde a Declaração Francesa, nenhum instrumento político ou jurídico que queira intitular-se de Constituição, pode prescindir de previsões que consagrem o Direito à Liberdade. Segundo Konrad Hesse - demonstrando o relevo do Direito à Liberdade em relação à vida - "...

---

[43] Para camadas valorativas de moralidade, ver interessante tese dos *"Thick and Thin. Moral argument at home and abroad"*, de: WALZER, Michael. *Apud.* BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana.** - 2ª ed. - Rio de Janeiro: Renovar, 2008. págs. 147 a 155.

[44] Para importância da Constituição Belga e introdução dos postulados das Declarações de Direitos do Homem nas Constituições liberais, ver "A *segunda fase constitucional das Cartas Liberais*" em: BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional.* - 24ª ed. - São Paulo: Malheiros Editores, 2009. págs. 228 a 231.

[45] A construção teórica acima apresentada, sobre o início do processo de libertação do homem, não leva em consideração as teses jurídicas acerca do início da personalidade humana. Para teorias, ver: Teoria Natalista - Silvio Rodrigues; Teoria da Personalidade Condicional - Serpa Lopes e Teoria Concepcionista - Clóvis Beviláqua. Para histórico de tratamento sobre o começo da personalidade, ver: PEREIRA. Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil.* - 23ª ed. - Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010. págs. 183 a 188.

[46] Neste sentido, basta pensar que, durante a gestação, embora a legislação preveja direitos para o nascituro, correlacionados a deveres da gestante, não é possível, por mais negligente que esta seja no cumprimento de tais deveres, retirar o feto do útero materno. Com o nascimento, encerra-se este ciclo e as regras sociais de proteção do ser humano passam a permitir a destituição do poder familiar. Para diferentes teorias sobre o contrato social, ver: ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social ou princípios do direito político.** - HOBBES, Thomas. *"Leviatã"* - LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil.*

[47] Neste sentido, ver a interessante obra: "A idéia de liberdade no estado patrimonial e no estado fiscal", escrita como tese de doutoramento em filosofia pelo professor Ricardo Lobo Torres. TORRES, Ricardo Lobo. *A idéia de liberdade no estado patrimonial e no estado fiscal.* Rio de Janeiro: Renovar, 1991.

[48] BONAVIDES, Paulo. *Op. Cit.* pág. 561.

criar e manter os pressupostos elementares de uma vida na liberdade e na dignidade, eis aquilo que os direitos fundamentais almejam...".[49]

O princípio geral de liberdade é consagrado no *caput* do artigo 5º da Constituição em termos tão amplos que, segundo a doutrina, autoriza a fazer tudo aquilo que a lei não proíba.[50]

Se for possível falar em um "direito ao desaparecimento" (voluntário), é necessário promover-lhe enquadramento jurídico para melhor compreensão e tratamento do fenômeno, diria que este é o seu ponto de inserção.

O "desaparecimento voluntário", ou perda dos vínculos socioafetivos sem prévia indicação de motivo, está inserido no Direito à Liberdade de que goza o ser humano por sua própria individualidade. Não há que se desconsiderar o fato de que o mesmo direito que garante ao indivíduo a liberdade de, todos os dias, retornar para a sua casa, garante o de seguir para destino diverso. Trata-se do mais elementar direito de ir, vir e estar onde a consciência e o foro íntimos autorizem.

Entretanto, por mais contraditória e ilógica que pareça a premissa, a ideia de liberdade sempre esteve e estará associada à de limitação de liberdades. De acordo com Paulo Bonavides: *"... no Estado liberal do século XIX a Constituição disciplinava somente o poder estatal e os direitos individuais (direitos civis e direitos políticos) ao passo que hoje o Estado social do século XX regula uma esfera muito mais ampla: o poder estatal, a sociedade e o indivíduo".* [51] Na linha de teorias que defendem a celebração de um contrato social como matriz para manutenção da vida em sociedade, não há liberdades fora dos limites das liberdades.

Em *"Uma teoria da justiça"*, ao tratar dos dois princípios de justiça que são escolhidos no *"estado original"* pelos indivíduos, John Rawls afirma que: *"cada pessoa deve ter direito igual ao mais extenso sistema de liberdades básicas que seja compatível com um sistema de liberdades idêntico para as outras".*[52] Neste sentido, quis tratar o autor do que parte da doutrina constitucional brasileira

---

[49] HESSE, Konrad. *Apud.* BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional.* - 24ª ed. - São Paulo: Malheiros Editores, 2009. pág. 560.

[50] Segundo o Tribunal Constitucional Alemão, a Lei Fundamental consagra, em seu artigo 2º parágrafo 1º, um Direito Geral de Liberdade que só pode ser restringido através de outra norma formal e materialmente constitucional. "... el Tribunal Constitucional Federal, que no há nunca em duda, desde sus primeras decisiones, el carácter de otorgamiento de derechos subjetivos del artículo 2 párrafo 1 LF, com su interpretación del libre desarrollo de la personalidad como 'liberdad de la acción humana em el más amplio sentido, en cierto modo ha emprendido una huida hacia adelante y se há decidido por una teoria extremamente amplia y subjetiva: por el derecho general de liberdad". (...) "Por una parte, a cada cual le está *permitido prima facie* - es decir, en caso de que no intervengan *restricciones* - hacer y omitir ló que quiera (norma permissiva). Por outra, cada cual tiene *prima facie*, es decir, em la medida que no intervengan *restricciones*, um *derecho* frente al Estado a que éste no impida sus acciones y omisiones, es decir, no intervenga em ellas (normas de derechos)". (...) "Toda acción (hacer u omisión) está permitida, a menos que esté prohibida por una norma jurídica formal y materialmente constitucional". ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales.* págs. 333 e 337.

[51] BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional.* - 24ª ed. - São Paulo: Malheiros Editores, 2009. pág. 229.

[52] BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana.* - 2ª ed. - Rio de Janeiro: Renovar, 2008. pág. 143.

chamou de Princípio da Convivência das Liberdades Públicas.[53] A garantia dos Direitos Fundamentais, dentre eles, dos associados à liberdade, pressupõe a possibilidade de coexistência com os demais Direitos Fundamentais, objetiva e subjetivamente considerados, sendo isso decorrência lógica da máxima de que não existem direitos absolutos.[54]

Situação peculiar para análise de um possível direito de o indivíduo promover o seu "desaparecimento voluntário" foi enfrentada pelo Tribunal Comunitário Europeu, quando reconheceu o "direito ao esquecimento" do espanhol Mario Costeja González. Em apertada síntese, na ação o europeu requeria que seus dados pessoais fossem desvinculados de anúncios promovidos pelo jornal La Vanguardia, quando como fruto de pesquisas no site de buscas Google. Neste caso, alegava um possível "Direito ao Esquecimento" vinculado à privacidade.

Com base nos mesmos fundamentos, o Superior Tribunal de Justiça brasileiro reconheceu, diante da ausência de contemporaneidade da notícia, o direito de o indivíduo não ver seu nome vinculado a fatos jornalísticos pretéritos, que possam expô-lo indevidamente e recolocar em dúvida sua índole.[55-56]

No atual estágio do Estado Social e do Direito Constitucional mundial, não há mais espaço para discussões acerca da existência ou não e uma eficácia horizontal para os direitos fundamentais. Os debates limitam-se à forma como tais direitos devem operar entre particulares, garantida sua observância[57]. Os direitos fundamentais, por óbvio, são o limite para o exercício de outros direitos, dentre eles, os próprios direitos fundamentais.

Instituto que colabora para a compreensão da questão desaparecimento é o disciplinado no Código Civil sob o título de "ausência".[58] Mesmo com claro

[53] MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. – 20ª ed. – São Paulo: Editora Atlas, 2006. págs. 27 e 28.

[54] "A *colisão entre direitos fundamentais* não deixa de ser, de certa forma, uma particularização dos conflitos descritos acima. É que, em rigor, a estrutura normativa e o modo de aplicação dos direitos fundamentais se equiparam aos princípios. Assim, direitos que convivem em harmonia no seu relato abstrato podem produzir antinomias no seu exercício concreto". BARROSO, Luiz Roberto. *Curso de Direito Constitucional: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. – 2ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2010. págs. 330 e 331.

[55] Brasil. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.334.097-RJ – Relator Min.: Luiz Felipe Salomão – Julgado em: 28/05/2013. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1237428&sReg=201100574280&sData=20130910&formato=PDF. Acesso em: 09 de jul. 2014.

[56] ENUNCIADO 531 da VI Jornada de Direito Civil, realizada em março de 2013 pelo Centro de Estudos do Judiciário do Conselho da Justiça Federal (CJE/CJF) – "A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento".

[57] "A dimensão objetiva dos direitos fundamentais liga-se ao reconhecimento de que tais direitos, além de imporem certas prestações aos poderes estatais, consagram também os valores mais importantes em uma comunidade política, constituindo, como afirmou Konrad Hesse, 'as bases da ordem jurídica da coletividade'. Nesta linha, quando se afirma a existência desta dimensão objetiva pretende-se, como registrou Vieira Andrade 'fazer ver que os direitos fundamentais não podem ser pensados apenas do ponto de vista dos indivíduos, enquanto faculdades ou poderes de que estes são titulares, antes valem juridicamente também do ponto de vista da comunidade, como valores ou fins que esta se propõe a prosseguir'". SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. – 2ª edição - 2ª tiragem – Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008. págs. 105 e 106.

[58] Regulam o instituto da ausência, os enunciados dos artigos 22 a 38 do Código Civil.

enquadramento no núcleo do direito à liberdade, a questão do desaparecimento não foi negligenciada pelo legislador infraconstitucional. Através da ausência,[59] buscou o legislador garantir que os interesses do desaparecido[60] e de herdeiros, sejam preservados até que aquele retorne, ou, aberta sua sucessão provisória e definitiva, possam os herdeiros sucedê-lo no patrimônio, resolvendo todas as questões e obrigações correlatas.

Nesse aspecto, a solução legislativa regulou a matéria, permitindo que questões de ordem prática, durante o desaparecimento, possam ser geridas pela família. No entanto, a experiência lidando com o dia a dia das famílias de desaparecidos, demonstra que não há solução legal possível quando a questão é tratar dos sentimentos vinculados ao fato de que um familiar querido desapareceu.

Uma reflexão feita pela Deputada Estadual Célia Leão (SP), citada no livro *"Sem resposta: dor luta e esperança na busca por pessoas desaparecidas"*; sintetiza bem o que se pretende transmitir: *"Só existe um planeta Terra. Sair dele é muito difícil. Como, então, admitimos que não sabemos onde estão as pessoas que desaparecem, se elas certamente estão no mesmo chão que nós pisamos?"* Segundo a autora do livro: *"Desaparecimento é ferida aberta. Sem resposta, não há cicatrização, e sem cicatrização, a dor é forte e constante"*.[61]

Seja por ato de crença, cultura, ou forma de simplesmente compreender que aquela coexistência física chegou ao fim, a despedida daqueles que seguem outro destino e o sepultamento dos cadáveres, fazem parte do ritual de desenlace familiar. Muitos são os relatos de famílias que passam anos na esperança de reencontrar pessoas desaparecidas. Seguem verdadeiras peregrinações, mesmo quando têm por certa a morte, simplesmente na busca de uma resposta definitiva que permita-lhes desvincular-se daquela esperança.[62]

---

[59] Art. 22 do Código Civil. Desaparecendo uma pessoa do seu domicílio sem dela haver notícia, se não houver deixado representante ou procurador a quem caiba administrar-lhe os bens, o juiz, a requerimento de qualquer interessado ou do Ministério Público, declarará a ausência, e nomear-lhe-á curador.

[60] "Abandonando a deformação conceitual de considerar-se o ausente um incapaz, na verdade o que predomina é a proteção de seus interesses". PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*: Introdução ao Direito Civil e Teoria geral de Direito Civil. - 23ª Ed. - Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010. pág. 193.

[61] CARVALHO, Rafaela Silveira de Souza Ferraz. *Sem resposta: dor, luta e esperança na busca por pessoas desaparecidas*. 2013. 76 f. Trabalho de conclusão de curso (Graduação em Comunicação Social com habilitação em Jornalismo) Escola de Comunicações e Artes, Departamento de Jornalismo e Editoração. Universidade de São Paulo, São Paulo. págs. 45 a 53.

[62] "Penélope [esposa de Odisseu do clássico "A Odisséia" de Homero] não tem como superar essa perda repentina e vive as mesmas dúvidas e incertezas vividas pelas mães de jovens apontados como desaparecidos, narradas no livro *Mães de Acari*, Nobre (1994). O autor discorre sobre a saga de mães que, no estado do Rio de Janeiro, buscam os filhos, que poderiam estar vivos ou mortos em algum lugar inacessível. Mas, lamentavelmente, elas não obtêm quaisquer respostas. São, assim, obrigadas a conviver com a angústia da incerteza. Essa mesma situação também foi vivida pela mãe de 'Pedrinho' - Maria Auxiliadora B. Pinto (B. Pinto, s/d; Tasso, 2003) ou ainda pela mãe de Stuart Angel Jones - Zuzu Angel (Valli, 1987). O que distinguie as situações - tirando o fato de que o primeiro caso (Penélope) trata-se de uma ficção e os três outros são relatos reais - é que nos três últimos casos sabe-se (ou tem-se quase certeza) do que aconteceu. Os filhos das mães de Acari,

Normalmente, na ausência de melhores políticas públicas para solução da questão, aplicam todos os recursos pessoais, emocionais e patrimoniais disponíveis, para manter acesa a esperança do reencontro. Há relatos de famílias inteiramente desestruturadas em decorrência do desaparecimento de filhos, principalmente, pela diferente disposição de seus integrantes em empenhar-se na busca.[63] Seja qual for o contexto, invariavelmente casos de desaparecimento geram inegável desgaste e sofrimentos pessoais.

Afastados os casos em que o desaparecimento decorre de causas externas, que, como visto, são capazes de desqualificar o próprio termo desaparecimento como tal, cabe questionar até que ponto o livre exercício do Direito de Liberdade autoriza alguém a submeter outrem – neste caso seus próprios familiares e pessoas de seu convívio – a tamanho sofrimento e angústia.

Nas hipóteses em que há relações jurídicas correlatas, ou seja, em que o desaparecido, ao quebrar o vínculo socioafetivo sem prévia comunicação ou esclarecimentos, deixa de cumprir com obrigações assumidas em decorrência dos vínculos familiares, não há dúvidas em afirmar que atua irregularmente no exercício do seu direito de liberdade. Por mais fundamental que possa ser, não existe Direito que legitime, por exemplo, o abandono de um filho. Embora a Constituição e o Direito admitam a separação de casais, isso não pode se dar na forma de um "desaparecimento voluntário", negligenciando a existência de direitos igualmente fundamentais dos outros indivíduos envolvidos.[64-65]

conforme as inúmeras narrativas e episódios investigados por Nobre (1994), foram mortos pela polícia carioca. 'Pedrinho' foi sequestrado – trata-se de um crime comum e que foi desvendado 17 anos depois. O jovem Stuart Angel Jones foi sequestrado por grupos ligados ao regime de exceção instalado pelo Golpe Militar de 1964. Mas como definir o súbito sumiço do marido de Penélope? Neste caso não se tem a mínima noção do que houve. Os quatro tipos de eventos (os filhos das mães de Acari, Pedrinho, Stuart Jones e de Penélope) apresentam em comum os mesmos sentimentos referentes à situação de ruptura entre pessoas (a saudade, o vazio e a falta do outro, a distância, a insegurança, o medo, o apego, o desejo pelo outro, a recusa à mudança e ao esquecimento, o sofrimento e a esperança)." OLIVEIRA, Dijaci David de. *Desaparecidos civis:* conflitos familiares, institucionais e segurança pública. 2007. 317 f. Tese (Doutorado em Sociologia) – Faculdade de Sociologia, Universidade de Brasília, Brasília, 2007. pág. 52.

[63] *"Ele é muito calado... [esposo]. Não é de conversa... Não podia perder dia de serviço para sair andando, //uhmm// não sabia nem por onde começar... E ficou na dele, deixou pra lá//uhum// Só porque eu nunca esqueci. (Familiar, mãe)". "O pai dela? Não tá nem ai, como até hoje. Se comportou friamente. Até hoje ele fala que ela saiu de casa porque quis. Não foi atrás, até hoje nunca foi. Não vai atrás. Quando o SOS vai atrás dele, ele diz que tem mais o que fazer, que ele tem mais o que fazer (.), que ele não tem tempo pra isso. Eu particularmente acho que ele não vai porque não quer, porque ele trabalha bem ali na UnB que é do lado do SOS". (Familiar, tia). Idem.* pág. 166.

[64] Art. 229 da CRFB. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

[65] "Amar é faculdade, cuidar é dever...". "3. *Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o* non facere, *que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia - de cuidado - importa em vulneração da imposição legal, exsurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico. 4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social".* BRASIL – Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1159242 - Terceira Turma – Ministra Nanci Andrihi – julgamento em: 24/04/2012. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200901937019&dt_publicacao=10/05/2012. Acesso em: 26/06/2014.

Segundo disposto na Constituição, a família é a base da sociedade, devendo receber do Estado especial proteção.[66] Neste aspecto, mesmo sendo de duvidosa constitucionalidade e legalidade a busca de desaparecidos pela polícia judiciária - na ausência de crimes associados ao desaparecimento -, dúvidas não há de que é função do Estado envolver-se em tal questão, pelos reflexos que potencialmente pode produzir na instituição familiar e na própria sociedade.

Sem que seja necessário descer aqui todas as relações jurídicas que possam ser comprometidas, como acima descrito, com a quebra repentina de vínculo socioafetivo, pois a elas é aplicável a mesma lógica, vale analisar a hipótese em que, supostamente, não existem relações jurídicas diretamente dependentes da presença física do indivíduo, e se nesse caso, poderia ele exercer o mais amplo "direito de desaparecer".

Mesmo nessa situação, embora *"prima facie"* não haja violação a um dever jurídico expresso, os inúmeros relatos de angústia e sofrimento observados nos casos que envolvem o desaparecimento de pessoas indicam exatamente o contrário.

Se é notório e contínuo o sofrimento vivido pelas famílias de desaparecidos, e dúvidas não há de que a origem mediata de tal sofrimento não é o desaparecimento em si, mas sim a decisão voluntária de desaparecer, não há dúvidas de que o desaparecido viola a esfera de direitos fundamentais das pessoas que o cercam, reduzindo sua capacidade de viver dignamente.

As angústias e aflições causadas pela incerteza do paradeiro, não são comparáveis as da incerteza do próprio destino enquanto fato. Estas, como acima exemplificado, terminam não sendo superadas, pela ausência de um marco consumativo da quebra do vínculo familiar. Aqueles que se casam e vão morar em lugar incerto, aqueles que saem de sua residência despedindo-se dos familiares para seguir para local indeterminado, deixam dúvidas e incertezas, mas não a dúvida da própria incerteza.

Uma situação constitucionalmente prevista, observada por outra ótica, é capaz de colaborar no entendimento da questão. Mais do que preservar os interesses do preso - embora estes possam ser considerados prioritários pela posição topográfica do dispositivo - não é possível negar, por exemplo, que é direito da família, nos termos do disposto no artigo 5º, LXII da Constituição da República Federativa do Brasil,[67] saber que seu familiar encontra-se acautelado pelo Estado em unidade policial, prisional ou similar.

Tal situação demonstra sua importância quando encaramos o fato de que muitas pessoas são consideradas desaparecidas por ausência de comunicação quanto ao encarceramento. Se assim se dá, comprovada a falta do Estado no cumprimento da regra constitucional, é ele responsável pelo sofrimento que desta circunstância decorre.

Por outro lado, há relatos na bibliografia pesquisada - e é intuitivo pressupor que isso de fato aconteça - de famílias que aplicam todos os seus

[66] Art. 226 da CRFB. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

[67] Art. 5º, LXII da CRFB. A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada;

recursos no financiamento na manutenção de mecanismos de busca de desaparecidos. Se assim ocorre em virtude de uma deliberada decisão de desaparecimento, não há dúvidas de que o desaparecido, podendo exercer o seu direito de liberdade sem causar tais danos, opta ou negligencia o fato de que causará, excede no exercício do direito.

Se o "desaparecer" está contido no Direito de Liberdade, certo é que o "desaparecimento voluntário", com a perda deliberada dos vínculos socioafetivos sem informação prévia, é abuso deste direito.[68] Viola a esfera de direitos daqueles que de alguma forma mantém vínculo afetivo com o desaparecido, a ponto de sofrer com o fato desaparecimento deste.

Embora a teoria do abuso de direito tenha sido desenvolvida e positivada para aplicação nas relações privadas[69], não há dúvida em afirmar que seus pilares - a igualdade, a boa-fé, a razoabilidade e proporcionalidade no gozo dos direitos - são de índole constitucional. Refletem alguns dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: *"construir uma sociedade livre, justa e solidária"* [70], e se assim o é, tal teoria não mais está limitada à determinada área do Direito, mas constitui um verdadeiro princípio geral deste, aplicável a qualquer ramo ou relação pessoal, social e jurídica[71]. Não há direitos ou liberdades, fora dos limites do Direito e da Liberdade.

Desta forma, ainda que seja possível falar em um suposto "direito ao desaparecimento", enquanto exercício da liberdade e pressuposto de vida, certo é que este direito não pode ser deliberadamente exercício a despeito da violação de outros tantos direitos das pessoas diretamente atingidas pelo desaparecimento.

Sob essa ótica, "desaparecimento voluntário" não é mais do que arbítrio e abuso de direito. Toda liberdade, para ser livremente exercida, impõe responsabilidades, e segundo Freud: *"A maioria das pessoas não quer realmente a liberdade, pois liberdade envolve responsabilidade, e a maioria das pessoas tem medo da responsabilidade".* [72]

[68] "... sendo articulado na definição do *ius* o princípio da convivência, uma análise mais detida do fenômeno [abuso do direito] já impunha conciliar a utilização do direito como respeito à esfera jurídica alheia, e aconselhava fixar-lhe um limite. É precisamente na ideia desta limitação que assenta a doutrina, tão debatida hoje em dia. (...) Os modernos, encontram várias hipóteses em que se configura o desvirtuamento do conceito de justo, na atitude do indivíduo que leva a fruição do seu direito a um grau de causar malefício a outro indivíduo, criam a figura teórica do *abuso de direito*, que ora encontra fundamento na regra da *relatividade dos direitos*; ora assenta na dosagem do conteúdo do exercício, admitindo que se o titular excede o limite do exercício regular de seu direito, age sem direto; ora baseia-se na configuração do *animus nocendi*, e estabelece que é de se reprimir o exercício do direito, quando se inspira na intenção de causar mal a outrem". PEREIRA. Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil*. - 23ª ed. - Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010. pág. 575

[69] Art. 187 do Código Civil. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

[70] Art. 3º da CRFB. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

[71] "A terceira conclusão que se tira da redação do art. 187 é a de que o abuso do direito, que não era estranho ao Código de 1916, foi agora erigido a princípio geral, podendo ocorrer em todas as áreas do Direito (obrigações, contratos, propriedade, família), pois a expressão 'o titular de um direito' abrange todo e qualquer direito cujos limites foram excedidos". FILHO, Sérgio Cavalieri. *Programa de Responsabilidade Civil*. - 6ª Ed. 3ª Tiragem - São Paulo: Malheiros Editores, 2006. pág. 171

[72] Frase atribuída ao psicanalista Sigmund Freud.

Considerações finais

Todo o contexto fático e jurídico apresentado é o que fundamenta ações de busca de pessoas "desaparecidas" e, em última análise, legitima o Ministério Público a atuar nestas ações, mais do que qualquer outro segmento do Estado.

Como acima observado, o fato social desaparecimento pode ter como pano de fundo uma série de situações, desde um homicídio com ocultação ou não identificação de cadáver; passando pela exposição de vulneráveis (crianças, idosos e deficientes) a situações de risco; até um possível "desaparecimento voluntário", com impacto direto na estrutura familiar, base da sociedade. [73]

No primeiro tópico, tratou-se da precariedade das ações de busca de pessoas desaparecidas, e dos resultados que são produzidos diante de metodologias públicas e individuais erráticas. Nesse contexto, buscou-se demonstrar que grande parte dos casos de "desaparecimento", por estarem vinculados a circunstâncias controladas, poderiam ser solucionados sem que isso ocorresse de forma quase aleatória. Na maior parte das vezes, desaparecido é o rótulo que é atribuído a alguém, de quem não se tem conhecimento do destino, no entanto, disso decorre uma tendência perversa de não promover ações objetivas de busca.

Em um segundo momento, buscou-se estabelecer um conceito e classificação fática e jurídica para o fato social desaparecimento, trazendo o fenômeno para um ambiente mais estável que permita estabelecer ações efetivas de busca. Como visto, há uma séria tendência em utilizar genericamente o termo "desaparecido", ofuscando fatos e circunstâncias que auxiliariam em tais ações. Ao fim do segundo tópico, foi proposta uma redução do universo comumente tratado sob o rótulo "desaparecido", surgindo o conceito de "desaparecido voluntário", que mais se adéqua a uma situação real de desaparecimento.

Por fim, tratou-se, dentro do universo de "desaparecidos voluntários", de um possível "direito ao desaparecimento", como parte integrante do axioma da liberdade no viés ir, vir e estar. Neste contexto, foi demonstrado que aquele que o exerce deliberadamente, sem comunicar ou informar ao seu núcleo próximo de convivência, a intenção de fazê-lo, viola diretos destes, expondo-os a grande sofrimento, o que, em última análise, não é compatível com a democrática e necessária convivência das liberdades e direitos individuais.

Bibliografia:

ALEXY, Robert . *Teoria de Los Derechos Fundamentales.*

ARAÚJO, Maria do Amparo Almeida. *et al. Dossiê dos mortos e desaparecidos políticos a partir de 1964.* Recife : Companhia Editora de Pernambuco, 1995.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: princípio da dignidade da pessoa humana.* - 2ª Ed. - Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.* - 2ª ed - São Paulo: Saraiva, 2010.

[73] Art. 226 da CRFB. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

_____. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro.* – 5ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2011.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional.* – 24ª ed – São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

CARVALHO, Rafaela Silveira de Souza Ferraz. *Sem resposta: dor, luta e esperança na busca por pessoas desaparecidas.* 2013. 76 f. Trabalho de conclusão de curso (Graduação em Comunicação Social com habilitação em Jornalismo). Escola de Comunicações e Artes, Departamento de Jornalismo e Editoração. Universidade de São Paulo, São Paulo.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil.* – 6ª ed - 3ª Tiragem – São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

COIMBRA, Cecília Maria Bouças e BRASIL, Vera Vital. *Exumando, identificando os mortos e desaparecidos políticos: uma contribuição do GTNM/RJ para o resgate da memória.* Disponível em: http://www.slab.uff.br/images/Aqruivos/textos_sti/Cec%C3%ADlia%20Coimbra/texto58.pdf.

Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos. *Direito à verdade e à memória: Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos.* Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2007.

GASPARI, Elio. *A ditadura escancarada.* São Paulo: Companhia das letras, 2002.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional.* – 20ª ed – São Paulo: Editora Atlas, 2006.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Público.* Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

MOURA, Clóvis. *Diário da Guerrilha do Araguaia.* – 3ª ed. – São Paulo: Editora Alfa-Omega, 1985.

OLIVEIRA, Dijaci David de. *Desaparecidos civis: conflitos familiares, institucionais e segurança pública.* 2007. 317 f. Tese (Doutorado em Sociologia) – Faculdade de Sociologia, Universidade de Brasília, Brasília, 2007.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil* – 23ª ed – Vol.1 – Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010.

SANTOS, Bruna Silva dos. *Crianças e adolescentes desaparecidos no Rio de Janeiro: uma realidade subnotificada no SOS Crianças Desaparecidas.* 2009. 67 f. Trabalho de conclusão de curso (Graduação em Serviço Social) Escola de Serviço Social. Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2009.

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e relações privadas.* – 2ª ed. - 2ª Tiragem – Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

STRECK, Lenio Luiz e MORAIS, José Luis Bolsan de. *Ciência Política e Teoria do Estado.* – 7ª ed. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

TORRES, Ricardo Lobo. *A idéia de liberdade no estado patrimonial e no estado fiscal.* Rio de Janeiro: Renovar, 1991.

_____. *Direito ao mínimo existencial.* Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

VERDUGO, Patrícia. *A caravana da morte: o livro que levou Pinochet ao banco dos réus.* – tradução de Márcia Cavalcanti – Rio de Janeiro: Revan, 2001.

PRINCÍPIOS JURÍDICOS NO DIREITO ROMANO?

ARION SAYÃO ROMITA*

"Rien de plus étranger au positivisme que l' esprit juridique romain."
Michel Villey[1]

1 Etimologia da palavra princípio

O vocábulo port. *princípio* deriva do lat. *principium*, que significa princípio, origem, fundamento, base; causa, regra fundamental de uma arte ou ciência[2]. *Principium*, por seu turno, provém de *princeps*, primeiro, principal, chefe, cabeça, maioral, o que ocupa a primeira parte ou a primeira fila, o primeiro lugar. *Princeps* é formado de *primum* + *capere*[3]. Estes dois elementos originam-se de *primo-caps*, formado de *per*, adiante, antes + *kap*, tomar, daí o sentido de começo, princípio[4].

Originalmente, portanto, *princípio* é sinônimo de começo, mas o uso atribuiu a esta palavra diferentes significados. Três são os sentidos fundamentais: ontológico, lógico e normativo.

2 Princípio

2.1 Visão ontológica

A primeira vertente do significado de princípio, metafísica, foi proposta por Aristóteles. A filosofia tem por missão expor os primeiros princípios (*archai*) da ciência, alcançados apenas pela razão intuitiva que procede por indução. Diz Aristóteles que o conhecimento científico decorre de primeiros princípios e é a razão intuitiva que os apreende, procedendo por indução: a indução é o ponto de partida que o próprio conhecimento do universal pressupõe[5].

Na Metafísica, Aristóteles discerne seis significados de princípios: 1º - o início ou ponto do qual uma coisa começa; 2º - o melhor ponto de partida ou o mais favorável; 3º - a parte fundamental de uma coisa ou da qual deriva a própria coisa; 4º - a causa eficiente ou motora de uma coisa; 5º - quem tem o poder de mover ou fazer mudar alguma coisa, segundo o seu querer e sua decisão; 6º - aquilo de que

* Da Academia Brasileira de Letras Jurídicas.

[1] VILLEY, Michel. *Le droit et les droits de l' homme*, 2ª. ed., Paris: PUF, 1990, p. 67.

[2] MARQUES LEITE, J. F.: NOVAES JORDÃO, A.J. Principium. In: *Dicionário Latino Vernáculo*, Rio de Janeiro: Henrique Velho, 1943, p. 382.

[3] ERNOUT, Alfred; MEILLET, Antoine. Princeps. In: *Dictionnaire étymologique de la langue latine*. Paris: Klincksieck, 2001, p. 535.

[4] GRANDSAIGNES D'HAUTERIVE, R. *Dictionnaire des racines des langues européennes*, Paris: Larousse, 1948, p. 154 e 79.

[5] ARISTÓTELES. *Ética e Nicômaco*, VI, 1141a e 1139b.

partimos para conhecer alguma coisa. Segundo o Estagirita, comum a todos os significados de princípio é ser fundamento ou razão ou condição primeira do ser ou do gerar-se ou do conhecimento de uma coisa[6].

Assim, para Aristóteles, recebem preferentemente o nome de princípios os conteúdos de conhecimentos primeiros, imediatos, as proposições fundamentais, das quais arranca o pensamento que avança dedutivamente[7].

Os filósofos perpetuaram essa tríplice concepção da ideia de princípio. Descartes escreveu: Propus-me a encontrar os princípios ou primeiras causas de tudo o que é ou pode ser no mundo[8]. Pascal também a eles se refere, afirmando que conhecemos a verdade não somente pela razão mas também pelo coração, é desta última maneira que conhecemos os primeiros princípios[9]. Por coração, Pascal entendia o sentimento imediato, a intuição dos princípios.

Na ordem ontológica, portanto, princípio é aquilo que é fonte de existência ou de ação[10].

2.2 Visão lógica

A segunda vertente se estende pelo domínio da lógica jurídica, no campo da ciência do direito. Usado em nível ontológico, o vocábulo *princípio* induz o princípio de realidade, enquanto, em nível lógico, equivale a princípio explicativo ou de razão. É que a lógica formula as regras do raciocínio necessárias à construção de qualquer ciência (lógica formal). Trata-se da teoria da consequência lógica, que consiste em um sistema de regras que permite distinguir entre argumentações válidas e inválidas[11]. Lógica, então, é a ciência que estuda as leis do pensamento e sua aplicação correta à demonstração da verdade.

Princípios em sentido lógico, como dirigentes do conhecimento, são verdades evidentes por si mesmas, indemonstráveis e de alcance universal. Os princípios primeiros, dirigentes do conhecimento, são dois: o princípio de identidade e o princípio da razão suficiente. O princípio de identidade tem como derivados o princípio de contradição, do qual decorrem o princípio de exclusão do meio, o princípio do terceiro equivalente e o princípio de capacidade; e o princípio da razão suficiente, de que são corolários os princípios de causalidade e o princípio de substância[12].

Os princípios da razão são *a priori*, pois constituem a base necessária ou a própria condição de toda afirmação e de todo conhecimento. Neste

[6] ARISTÓTELES. *Metafísica*, V, 1012b 34 - 1013 e 23.
[7] BRUGGER, Walter. Conhecimento (princípios do). In: *Dicionário de filosofia*, trad. Antonio Pinto de Carvalho, São Paulo: Herder, 1962, p. 124.
[8] DESCARTES, René. *Discurso sobre o método*, 4ª ed., trad. Paulo M. Oliveira, São Paulo: Atena, s/data, sexta parte, p.81.
[9] PASCAL. Pensées, 1 E 282, 14ª ed., Paris: Hachette, p. 317 e 459.
[10] CUVILLIER, Armand. Princípio. In: *Pequeno vocabulário da língua filosófica*, trad. Lólio Lourenço de Oliveira e J. B. Damasco Pruna, São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1961, p. 125.
[11] KLUG, Ulrich. *Lógica jurídica*, trad. J.C. Gardella, Bogotá: Temis, 1990, p. 1-2.
[12] JASPERS, D. Ludgero. *Manual de filosofia*, 6ª ed., São Paulo: Companhia Melhoramentos, s/data, p. 161-164.

sentido, são anteriores a todo conhecimento propriamente dito. Quando se fala em princípios de lógica, pensa-se em: a) um corpo de regras extraídas de uma elaboração metódica e dispostas em ordem sistemática; e b) os axiomas, alicerces desse edifício racional. Axioma, então, é um princípio necessário, evidente por si mesmo; por exemplo, o princípio de identidade. Os axiomas se estabelecem sem demonstração, ao contrário dos teoremas, que são demonstrados. Designações sinônimas de axioma são, postulado, princípio, pressuposto fundamental e premissa básica.

O arquétipo dessa concepção reside nas 211 *regulae* ou máximas do título 17 do livro 50 do Digesto (*de diversis regulie iuris antiqui*), que codificavam, aos olhos dos glosadores, os *generalia iuris principia*, vale dizer, os verdadeiros universais do direito. As *regulae*, como produto da ciência do direito, resultam antes da sabedoria dos *prudentes* do que do espírito de geometria, lógico-dedutivo, mas promoveram a associação dos princípios com a ordenação do direito por meio da razão. Acúrsio, o mais célebre dos glosadores, compôs a *Magna Glossa*, equiparada às compilações justinianeas[13], na qual expunha os *principia maximae*. Nessa linha de pensamento, a "Exposição do direito universal" (1578) de Jean Bodin ou "As leis civis em sua ordem natural" (1689 - 1694) de Jean Domat são literalmente *summae* de princípios, erguidas sobre axiomas (dados pela razão), os quais apresentam por sua vez feição de princípios.

O capítulo I do Tratado das leis de Domat tem por título "Dos princípios de todas as leis"[14]. Os jusnaturalistas modernos procedem da mesma maneira, deduzindo o direito da reta razão de alguns princípios éticos e intitulam seus tratados com emprego do vocábulo princípios, como é o caso de Burlamaqui[15].

2.3 Visão normativa

Ao lado da vertente ontológica (que provém da filosofia), ao descrever o objeto ou uma forma do conhecimento, e da vertente lógica (proveniente da ciência do direito), ao revestir aspecto de um axioma ou de um sistema de regras construído pela razão, os princípios ostentam um caráter normativo. Este aspecto, que pertence integralmente ao direito *tout court*, edita um dever ser, configurando norma de conduta e revelando, em consequência, o lado deontológico da norma jurídica.

Neste particular, eles não se confundem com os princípios de interpretação. Os adágios de interpretação dão apoio a regras formais do raciocínio lógico. Não têm caráter coercitivo e são selecionados pelo juiz no momento de proferir a decisão. Constituem o que os juristas ingleses denominam uma *Rule of guidance* destinada a dirigir as operações mentais que conduzem a uma decisão[16].

---

[13] PEIXOTO, José Carlos de Matos. *Curso de Direito Romano*, t. I, 2ª ed., Rio de Janeiro: Companhia Editora Fortaleza, 1950, p. 155.

[14] DOMAT, Jean. *Traité des lois*, Caen: Centre de Philosophie politique et juridique, 1989, p. 1 e segs.

[15] BURLAMAQUI. *Principes de droit naturel*, nova edição (a 1ª ed. é de 1747), Paris: Librairie Brajeux, 1850.

[16] SCHROEDER, François-Michel. *Le nouveau style judiciaire*, Paris: Dalloz, 1978, p. 97.

Portalis já observara que a função da lei é fixar, em largos traços, as máximas gerais do direito, estabelecer princípios fecundos em consequências, e não descer aos pormenores das questões que podem surgir em cada matéria. Cabe ao magistrado e ao doutrinador, imbuídos do espírito geral das leis, dirigir sua aplicação. E adiante: Há uma ciência para os legisladores, como há uma para os magistrados. A ciência do legislador consiste em encontrar, em cada matéria, os princípios mais favoráveis ao bem comum; a ciência do magistrado é pôr esses princípios em ação, ramificá-los, estendê-los, por uma aplicação prudente e razoável, às hipóteses particulares[17].

A função normativa dos princípios gerais do direito será exposta adiante.

3 Princípios gerais do direito

No século XIX, por influência positivista, elaborou-se a noção de princípio geral do direito, com o intuito de demonstrar que o sistema jurídico dá resposta a todas as questões, ainda que não expressamente previstas. A completude do sistema afirmar-se-ia sempre que, na hipótese de lacuna da lei, fosse aplicado um princípio geral. Os princípios gerais do direito emergem das normas positivas mediante raciocínio lógico, procedendo-se por abstração crescente até alcançar os princípios últimos, que dominam todo o sistema[18].

A metodologia jurídica parte da ideia fundamental de unidade do direito. A principal característica da ideia de unidade reside na superação da multiplicidade de casos singulares para chegar-se a alguns poucos princípios constitutivos, devendo-se avançar até os valores fundamentais, vale dizer, aos princípios gerais da ordem jurídica, em busca de uma conexão orgânica. Pode-se, então, definir o sistema jurídico, segundo Canaris, como uma ordem axiológica ou teleológica de princípios gerais do direito[19]. À luz dessa concepção, Canaris nega tenha o princípio caráter de norma e, em consequência, ele não acarretaria qualquer consequência jurídica, limitando-se a exercer uma função de fundamentação; facilita, além disso, uma conexão transversal com outras partes do sistema jurídico[20]. De acordo com essa concepção, os princípios jurídicos seriam ideias jurídicas gerais que caracterizam a conveniência ou o bom fundamento de uma regulação normativa em face da noção de direito ou de valores jurídicos reconhecidos. Na visão de Karl Larenz, esses princípios identificam-se com os próprios valores jurídicos superiores, como a ideia de boa-fé ou de justiça distributiva; em parte, são critérios referidos a esses valores, como por exemplo os critérios da imputação; em parte ainda, são postulados ético-jurídicos ou sócio-jurídicos, como a tutela da personalidade, a tutela da boa-fé, a proteção aos menores e à parte socialmente mais débil, o dever de assistência aos socialmente dependentes, etc.[21].

[17] PORTALIS, Jean Étienne-Marie. Discours préliminaire sur le projet de Code Civil. In: *Écrits et discours juridiques et politiques*, Aix-Marseille: Presses Universitaires, 1988, p. 26 e 30.

[18] ASCENSÃO, José de Oliveira. *O Direito – introdução e teoria geral*, Rio de Janeiro: Renovar, 1994, p. 365.

[19] CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*, 2ª ed., trad. A. Menezes Cordeiro, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p. 77.

[20] CANARIS, Claus-Wilhelm. *Función, estrutura y falsación de las teorías jurídicas*, trad. Daniela Brückner e José Luís de Castro, Madri: Civitas, 1995, p. 68-69.

[21] LAERENZ, Karl. *Metodologia da ciência do Direito*, trad. José de Sousa e Brito e José Antonio Veloso, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1978, p. 569.

Ao determinar em que consistem os princípios gerais, contrapõem-se, como se vê, os princípios fundamentais que informam objetivamente a estrutura do ordenamento e que dela são excluídos, aos princípios gerais que, pelo contrário, inferem-se das normas explícitas mercê de um procedimento de abstração e de generalização crescente[22]. Esta contraposição tem uma origem profunda e denuncia uma oposição entre uma mentalidade abstracionista e intelectualista cara ao normativismo ou positivismo jurídico[23] e uma mentalidade mais atenta aos dados fenomenológicos e aos pressupostos sociológicos do direito. Esta última tendência adere uma avaliação concreta do ordenamento, orientada para fins sociais (oposição entre normativismo e decisionismo).

A ideia de que os princípios gerais de direito não são externos à ordem jurídica positiva, mas, pelo contrário, dela fazem parte, é relativamente recente, pois nasceu no direito internacional público, quando ainda existente a Sociedade das Nações: o art. 38, § 1º, c, do Estatuto da Corte permanente de justiça internacional (1920) prevê, como fonte do direito, os princípios gerais de direito reconhecidos pelas nações civilizadas[24]. Por sua vez, no direito positivo brasileiro, os princípios gerais apresentam o caráter de fontes subsidiárias: nos casos de lacunas da lei (casos omissos), o juiz recorre à analogia e, quando esta falhar, aplica os princípios gerais de direito (art. 7º da Lei de Introdução ao Código Civil, de 1917 e art. 4º da vigente lei de introdução, de 1942)[25].

Segundo Boulanger, os princípios jurídicos compõem um conjunto de valores. Eles existem, mesmo quando não expressos ou não mencionados por textos de lei; mas a jurisprudência limita-se a declará-los, ela não os cria[26]. Para Ripert, o princípio consiste em uma noção primeira que comanda um conjunto de regras e deve ser respeitado mesmo pelo legislador[27].

Diante desse quadro, é possível definir princípio geral de direito, como se se tratasse de uma expressão unívoca? O Dicionário da Academia Brasileira de Letras Jurídicas tentou realizar a façanha: Princípios gerais do direito. Grandes preceitos abstratos que são chamados a integrar o direito-positivo em caso de lacuna, ou seja, quando para o caso concreto não há regra ou norma estabelecida. Locução criada no meio do século XIX pelos jus positivistas, em proscrição do direito natural, com o qual guarda perfeita sinonímia[28].

A assimilação dos princípios gerais do direito ao direito natural não constitui matéria pacífica na doutrina. Pelo contrário: existem várias outras opiniões a respeito do assunto. Vicente Ráo elenca cinco. No tocante à natureza desses princípios, há inúmeras teorias, tais as seguintes, havidas por principais: a) os princípios gerais de direito correspondem aos do direito natural; b) são princípios que se equiparam aos ditados pela equidade; c) são os que decorrem

[22] BETTI, Emilio. *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, 2ª ed., Milão: Giuffrè, 1971, p. 185-186.
[23] SCHMITT, Carl. *Les trois types de pensée juridique, trad. francesa*, Paris: PUF, 1995, p. 84 e segs.
[24] STRENGER, Irineu. *Lógica jurídica*, São Paulo: LTr, 1999, p. 50.
[25] BEVILACQUA, Clóvis. *Teoria geral do Direito*, 7ª ed., Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1955, p. 35-36.
[26] BOULANGER, Jean. Principes généraux du droit et droit positif. In: *Le droit privé français au milieu du XXe siècle/études offertes à Georges Ripert*, t. I, Paris: LGDJ, 1950, p. 67.
[27] RIPERT, Georges, *Les forces créatrices du droit*, Paris: LGDJ, 1955, p. 337.
[28] ACADEMIA BRASILEIRA DE LETRAS JURÍDICAS. Princípios gerais do direito. In: *Dicionário Jurídico*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p. 441.

da natureza das coisas; d) são os de caráter universal, ditados pela ciência e pela filosofia do direito; e) são, para cada povo, os resultantes de seu sistema jurídico[29]. Gérard Cornu relaciona sete diferentes definições de princípio: 1ª – regra ou norma geral, de caráter não jurídico, da qual podem ser deduzidas normas jurídicas; 2ª – regra jurídica estabelecida por um texto em termos gerais, destinada a inspirar diversas aplicações e que se impõe com superior autoridade; 3ª – máxima geral juridicamente obrigatória embora não escrita em um texto legislativo; 4ª – nome dado a uma máxima que não se pode transgredir; regra tida por absoluta; 5ª – regra geral que deve, na falta de texto especial ou de derrogação particular, reger uma espécie de caso, por oposição a exceção; 6ª – elemento essencial que caracteriza um regime, uma Constituição; 7ª – no sentido de Montesquieu, fundamento que permite a um regime funcionar[30].

Em nenhuma dessas acepções princípios jurídicos podem ser encontrados no direito romano.

4 Princípio e regra

4.1 Princípio como viga mestra do sistema jurídico: visão tradicional

Como se percebe, a palavra *princípio* não é unívoca: é empregada em variados sentidos. A teoria da metodologia jurídica tradicional distinguia entre norma e princípio[31].

No sentido tradicional, apenas com variação de palavras, existem inúmeras manifestações doutrinárias. Vale a pena lembrar algumas, a título de exemplificação.

Segundo Ripert, princípios jurídicos são as grandes regras que presidem à manutenção da ordem essencial: eles são as vigas mestras do edifício jurídico[32]. Ripert se inspirou na lição de Montaigne: É muito duvidoso que se possa obter uma evidente vantagem com a mudança de uma lei antiga, por se tratar de um edifício composto de diversas peças ajuntadas em conjunto e é impossível remover uma delas sem que todo o conjunto se ressinta[33].

Também Jean-Louis Bergel qualifica de vigas mestras de todo o edifício jurídico os princípios por ele denominados diretores, porque a ordem social deles depende[34].

É bastante difundida no direito brasileiro a concepção de princípio como disposição fundamental. Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, princípio é 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[35]. No sentir de Eros Roberto

[29] RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*, vol. I, 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, p. 239.
[30] CORNU, Gérard. Principe. In: *Vocabulaire juridique*, 8ª ed., Paris: PUF, 2007.
[31] CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*, 2ª ed., Coimbra: Almedina, 1998, p. 1034.
[32] RIPERT, Georges. Op. cit., p. 344.
[33] MONTAIGNE, *Essais*, liv. I, cap. XXII, Paris: Librairie Garnier, s/data, p. 116.
[34] BERGEL, Jean-Louis. *Théorie générale du droit*, 2ª ed., Paris: Dalloz, 1989, p. 99.
[35] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de Direito Administrativo*, 19ª ed., São Paulo:

Grau, os princípios determinam a interpretação das regras contempladas na Constituição[36]. Ao ver de José Afonso da Silva, princípios são ordenações que se irradiam e imantam o sistema de normas, e é neste sentido que o termo é empregado no Título I da Constituição brasileira de 1988[37].

4.2 Princípio como norma jurídica: doutrina dominante

Os estudos de direito constitucional do segundo pós-guerra dão lugar ao surgimento de uma nova cultura jurídica, que se convencionou denominar neoconstitucionalismo, caracterizado como reação ao positivismo, daí o batismo de pós-positivismo, com ênfase em um constitucionalismo de direitos[38].

Entram em jogo novas técnicas de interpretação das normas constitucionais além da mera subsunção, acentuando-se a aproximação entre a ética e o direito. Os princípios gerais do direito são considerados imanentes à ordem jurídica e passam a ser considerados, como explica Norberto Bobbio, normas como todas as outras. Segundo sua lição, os princípios gerais são normas fundamentais ou generalíssimas do sistema, as normas mais gerais. A função para a qual são empregados é a mesma cumprida por todas as normas, isto é, a função de regular um caso. Servem ao mesmo escopo a que servem as normas expressas[39]. Muitas normas da Constituição são princípios gerais do direito, que convivem com as demais normas nela contidas. A Constituição passa a ser vista como um sistema aberto de regras e princípios[40]. A dinâmica acelerada e a complexidade da vida contemporânea obrigam a constituição a se mostrar um texto dinâmico, capaz de acompanhar as transformações ditadas pelo processo de desenvolvimento e mutação. Por isso, torna-se necessário que ela contenha normas jurídicas que veiculem diretrizes gerais, valores. Nem todas as normas contidas na Constituição desempenham o mesmo papel, pois enquanto umas regulam inteiramente certas matérias, outras apenas fornecem diretrizes ou fixam metas a serem atingidas. Daí a classificação das normas jurídicas em normas-regras e normas-princípios, tudo segundo a função que exercem no ordenamento jurídico[41]. No mesmo sentido se manifesta Jorge Miranda, para quem os princípios não se contrapõem às normas, contrapõem-se às regras: as normas jurídicas se dividem em normas-princípios e em normas-disposições[42].

Malheiros, 2005, p. 408.

[36] GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988* (interpretação e crítica), 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 97.

[37] SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*, 6ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 82 e 81.

[38] PRIETO SANCHIS, Luis. El constitucionalismo de los derechos. In: CARBONELJL, Miguel (ed.). *Teoréa del neoconstitucionalismo*, Madri: Trotta, 2007, p. 213.

[39] BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*, trad. Maria Celeste C. Santos, São Paulo: Polis, 1989, p. 158-159.

[40] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*, 5ª ed., Coimbra: Almedina, 1992, p. 171.

[41] BASTOS, Celso Ribeiro; MEYER-PFLUG, Samantha. A interpretação como fator de desenvolvimento e atualização das normas constitucionais. In: SILVA, Virgílio Afonso da (org.) *Interpretação constitucional*, São Paulo: Malheiros, 2007, p. 150-151.

[42] MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, t. II, 3ª ed., Coimbra, 1991, p. 224.

As teorias sobre a distinção entre princípio e regra, segundo Aulis Aarnio, podem ser agrupadas em duas categorias: 1ª – teorias que propõem uma distinção forte; 2ª – teorias que preconizam uma distinção débil[43]. A estas duas posições doutrinárias deve ser acrescentada uma terceira[44], que é a do próprio Aulis Arnio, qual seja a teoria que nega a possibilidade de distinção entre as duas espécies de norma jurídica.

As teorias classificadas na primeira categoria afirmam que tanto os princípios como as regras têm estrutura e forma de aplicação diversas. Integram esta categoria as distinções elaboradas, entre outros, por Robert Alexy e Ronald Dworkin. Segundo Robert Alexy, tanto as regras como os princípios são normas porque ambos dizem o que deve ser. Os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Portanto, os princípios são mandamentos de otimização. Já as regras são normas que somente podem ser cumpridas ou não[45].

Ronald Dworkin distingue regra de princípio a partir de um critério lógico: eles diferem quanto ao caráter da diretriz que impõem. As regras são aplicáveis num estilo tudo-ou-nada. Os princípios, ao contrário das regras, ostentam uma dimensão que aparece na hipótese de conflito: a de peso ou de importância. Neste caso, um princípio com peso relativo maior prevalece sobre o outro, sem que este perca validade[46].

As teorias que preconizam uma distinção débil entre regras e princípios sustentam que, entre essas duas espécies de normas, existe apenas uma diferença de grau e, portanto, a diferença não é tão acentuada quanto aquela afirmada pelas teorias relacionadas no primeiro grupo. Entre essas teorias cita-se a de Joseph Raz, para quem o princípio possui maior generalidade e maior importância do que a regra.

No terceiro grupo de teorias está a de Aulis Aarnio. Aludindo às teses da distinção forte e da distinção débil, sustenta que nenhuma é válida, do ponto de vista de estrutura da norma. Ambas têm natureza deontológica de normas, obedecem às mesmas leis da lógica deôntica[47].

4.3 Superação da distinção entre princípio e regra: concepção original

Humberto Ávila, em obra que se caracteriza por um perfil nitidamente independente e pela originalidade da sua concepção, sem rejeitar a dicotomia princípio/norma, afirma a tese de que essa distinção não pode ser vista no sentido da exclusividade contraditória, mas no de que uma e a mesma norma jurídica pode funcionar tanto como regra quanto como princípio. As regras têm por objeto diretamente a descrição de um comportamento ou a atribuição

[43] AARNIO, Aulis. Las reglas en serio, trad. Sebastián Urbina. In: AARNIO, Aulis et al. (comps.) *La normatividad del derecho*, Barcelona: Gedisa, 1997, p. 17 e segs.
[44] SILVA, Virgílio Afonso. *A constitucionalização do direito*, São Paulo: Malheiros, 2005, p. 31.
[45] ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. Ernesto Garzón Valdéa, Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p. 86-87.
[46] DWORKIN, Ronald, *Prendre les droits au serieux*, trad. Marie-Jeanne Rossignol, Paris: PUF, 1995, p. 79 e segs.
[47] AARNIO, Aulis. Ob. cit., p. 32.

de uma competência e, apenas indiretamente, visam à obtenção de um fim; por seu turno, os princípios visam diretamente à consecução de um fim e influem apenas indiretamente nos modos comportamentais ou nas atribuições de competência necessárias para tal[48].

Em suas próprias palavras, Humberto Ávila demonstra que os princípios não apenas explicitam valores, mas, indiretamente, estabelecem espécies precisas de comportamento; e que a instituição de conduta pelas regras também pode ser objeto de ponderação. Acrescenta que 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. Os princípios são normas importantes para a compreensão do sentido das regras.

O autor introduz a noção de postulados normativos aplicativos, que exercem a função eficacial de normas sobre a aplicação de outras normas, isto é, metanormas. Por isso, qualificam-se como normas de segundo grau[49].

Atualmente, tem-se por inaceitável a afirmação de que os princípios jurídicos apenas têm por função preencher as lacunas da lei. É certo que o apelo aos princípios ultrapassa a moldura da interpretação das leis existentes. É por intermédio da aplicação de princípios que, frequentemente, se exerce a atividade criadora do juiz: este se abstém de qualquer referência a uma disposição precisa da lei e aplica princípios. Inúmeras decisões judiciais têm por fundamento não um texto expresso de lei, mas princípios jurídicos. Neste caso, os princípios deixam de ser fonte subsidiária, como tradicionalmente eram considerados, e passam a exercer a função de fonte autônoma, apta a fundamentar a decisão do juiz[50].

Os princípios jurídicos tornam-se normas jurídicas em sentido estrito, aplicadas muitas vezes contrariamente ao direito positivo expresso do qual a decisão judicial faz evidente abstração. Nessas condições, o caráter não escrito do princípio não oculta a função que eles exercem até mesmo *contra legem*. Foi assim que passaram a ser admitidos o abuso de direito, a responsabilidade civil por riscos criados, a teoria da aparência[51]. Como observa Luiz Fernando Coelho, em nome dos princípios, admitem-se decisões *contra legem*, caso em que os princípios em que apoiam servirão para corrigir o direito positivo ou até para transformá-lo[52].

5 Conceitos indeterminados, standards, valores, tópicos

Conceitos indeterminados, standards, valores e *topoi* não se confundem com princípios jurídicos.

---

[48] CANARIS, Claus-Wilhelm. Prefácio da edição alemã de ÁVILA, Humberto: *Teoria dos princípios*, 9ª ed., São Paulo: Malheiros, 2009, p. 14.

[49] ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*, 9ª ed., São Paulo: Malheiros, 2009, p. 25, 97 e 122.

[50] GAILLARD, Maurice. *L'intelligence du droit*, Paris: Les Éditions d'Organisation, 1992, p. 132.

[51] MORVAN, Patrick. Principes. In: ALLAND, Denis; RIALS, Stéphane (sous la dir.). *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris: PUF, 2003, p. 1203.

52 COELHO, Luiz Fernando. *Teoria crítica do direito*, 3ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 387.

5.1 Conceitos indeterminados

Os conceitos indeterminados, também conhecidos por conceitos gerais, noções indeterminadas, de conteúdo variável ou de textura aberta, podem ser considerados elementos de perturbação, que poderiam abalar o ordenamento jurídico, como fonte de confusões, ambiguidades e outras imprecisões. Pela óptica da segurança jurídica, podem parecer negativos; entretanto, podem apresentar muitas vantagens, porquanto seu caráter vago e impreciso permite que se adaptem aos novos tempos, aceitem novas realidades sociais, sigam a evolução dos costumes precisamente graças a sua flexibilidade. Ensejam a conciliação da necessidade de uma regra com a da regulação de caso a caso.

Trata-se de noções que dificilmente podem ser expressas em linguagem corrente e facilitam a aplicação da norma jurídica: o sistema jurídico não é uma máquina de produzir direito. A norma jurídica não pode ser aplicada de forma mecânica ou automática[53]. Sabe-se que a elaboração da lei resulta de um compromisso entre as tendências políticas, econômicas e sociais presentes no momento dos trabalhos preparatórios e, assim, o texto resultante está destinado a uma especificação progressiva por obra do intérprete, notadamente do juiz. A feição imprecisa desses conceitos apresenta sempre, no momento de sua aplicação ao caso concreto, uma boa dose de flexibilidade e enseja uma grande margem de manobra por parte do aplicador da norma[54].

Definir *indeterminado* não é tarefa das mais simples. A etimologia do vocábulo pode ajudar. Ele se compõe de *in* (negação) + *determinar*. Este verbo provém do lat. *determinare*, composto de *de* + *terminare*, este por seu turno derivado de *terminus*, cuja origem está no gr. *terma* = limite. Termo, em sentido figurado, pode significar definição. Determinar, portanto, significa marcar limites, fim, no espaço ou no tempo[55]. Indeterminado, então, vem a ser aquilo que não pode ser fixado em sua natureza, aquilo cujos limites não podem ser fixados.

É de rigor distinguir entre noção de conteúdo variável e regra de conteúdo variável. Variação de conteúdo é variação de sentido. Está em tela de juízo a abertura à mudança, característica prevista pelo legislador e por ele conscientemente disposta. Nas noções de conteúdo variável, a variabilidade é disposta por antecedência. A intenção é inerente à variabilidade. A regra de conteúdo variável é suscetível de vários significados diferentes (diferentes, mas não incompatíveis entre si). Fala-se até em instituições de conteúdo variável[56] e direito natural de conteúdo variável (Stammler: *Naturrecht mit wechselndem Inhalte*)[57].

---

[53] MATHEY, Fany. Concepts juridiques indeterminés en procédure d'asyle européenne. In: RITAINE, Eleanor Cashin; ARNAUD, Elodie Maître (ed.). *Notions-cadre, concepts indeterminés et standards juridiques en droits interne, international et comparé*, Genebra, Zurique, Basilea: Schuthess Médias Juridiques, 2008, p. 195.

[54] BERGEL, Jean-Louis. Méthodologie juridique. In: ARNAUD, André-Jean et al. (sous la dir.). *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2ª ed., Paris: LGDJ, 1993, p. 375.

[55] DAUZAT, Albert et al. Terme. In: *Nouveau dictionnaire étymologique et historique*, Paris: Larousse, 1971, p. 740.

[56] CARBONNIER, Jean. *Les notions à contenu variable dans le droit français de la famille*. In: PERELMANN, Chaim; VANDER ELST, Raymond (ed.). Les notions à contenu variable en droit, Bruxeles Bruylant, 1984, p. 99.

[57] FASSÓ, Guido. *Histoire de la philosophie du droit* – XIXe et XXe siècles, trad. Catharine Rouffet,

As noções jurídicas indeterminadas evidenciam a impossibilidade de uma aplicação mecânica do direito. Impõe-se a interpretação, forçosamente necessária em cada caso concreto, o que pressupõe a atividade de um intérprete, notadamente o juiz. Este intérprete levará em conta as circunstâncias e as peculiaridades do caso em exame, especialmente os imperativos de ordem social, econômica e moral, quando da aplicação de uma dessas noções. Cabe-lhe a tarefa de resolver as questões que surgirem, preencher as lacunas, precisar os pormenores, esclarecer as ambiguidades.

O papel a ser exercido pelo juiz na tarefa de aplicar uma noção jurídica indeterminada é, portanto, de alta relevância. É neste momento que se percebe a inexistência de antítese entre interpretação da lei e função criadora do juiz. Sem dúvida, a função de interpretação da lei pelo juiz comporta certo grau de criação do direito. Como esclarece Mauro Cappelletti, o verdadeiro problema não consiste em estabelecer contraste entre a tarefa de interpretar e a de criar o direito, mas sim em saber até onde o juiz pode ir na sua atividade criadora do direito. Todo ato de interpretação implica certo grau de criatividade, certa possibilidade de escolha, o que envolve um elemento de apreciação discricionária. Mas, adverte ele, o intérprete não goza de total liberdade, e poder discricionário não significa necessariamente arbítrio. O juiz, embora desempenhando um papel na criação do direito, não é completamente livre: todos os sistemas jurídicos dos países civilizados estabelecem e aplicam limites à liberdade do juiz[58].

O juiz dos dias atuais não é mais o juiz do tempo de Justiniano nem de Montesquieu. Justiniano considerava o Digesto uma obra perfeita, na qual nenhuma contradição poderia ser encontrada. Por isso, proibiu fossem feitos comentários, pois estes seriam antes perversões do que interpretações (*immo magis perversiones*) e serviriam apenas, mercê de sua prolixidade, para estabelecer confusão[59]. Permitiu apenas traduções palavra por palavra e extratos dos textos. Os infratores seriam punidos como falsários e seus escritos seriam destruídos. Também responderiam pelo delito de falsidade aqueles que, em juízo ou em outra discussão, citassem obras que não fosse as Institutas, o Código ou o Digesto[60]. Segundo Montesquieu, os julgamentos devem ser apenas um texto preciso da lei; os juízes são a boca que pronunciam as palavras da lei, seres inanimados que não podem moderar nem sua força nem seu rigor[61].

O risco que corre o intérprete, ao aplicar noções indeterminadas, é o de abalar a segurança jurídica. Seria desejável que as noções desse tipo apresentassem um conteúdo mais preciso, mais objetivo. Voltar as costas à segurança jurídica equivale a desconhecer a principal, senão exclusiva, finalidade do direito[62].

Paris: LGDJ, 1976, p. 175.

[58] CAPPELLETTI, Mauro. Le pouvoir des juges, trad. René David, Paris: Economica, 1980, p. 30 e 32.

[59] C. I, 17, *de veteri iure*, 1, § 12.

[60] C. I, 17, *de veteri iure*, 2, § 19, 21 e 22.

[61] MONTESQUIEU. *De l'esprit des lois*, liv. XI, cap. VI. Tomo I, Paris: Garnier, 1922, p. 154 e 159.

[62] SALMON, JeanJ. A. Les notions à contenu variableen Droit International Public. In: PERELMANN,

A expectativa de segurança do direito (ou segurança jurídica) pode ser apreciada em dois sentidos. *Stricto sensu* a aspiração à segurança jurídica significa que toda pessoa tem o direito de exigir uma proteção jurídica, ou seja, que um juiz ou outro órgão judicante tem a obrigação jurídica de dar resposta a uma pretensão jurídica por ela formulada. Trata-se de um direito fundamental da pessoa humana em sociedade: o acesso à justiça[63]. *Lato sensu*, a segurança jurídica apresenta dois aspectos: *primo*, a exigência de rejeição do arbítrio; *secundo*, que seja proferida uma decisão apropriada. Os juízes e tribunais devem agir de modo que os cidadãos possam desenvolver sua própria atividade em bases racionais. Uma organização racional é uma condição necessária à estabilidade social, verdadeira exigência de coesão da sociedade. Há de estar presente o requisito de previsibilidade das decisões judiciais[64]. A imprevisibilidade no ambiente das decisões judiciais constitui um obstáculo ao desenvolvimento e ao crescimento do mercado. O processo de racionalização do universo jurídico e da justiça corresponde à necessidade, para o capitalismo atual, de dispor de um sistema jurídico em que se possa confiar, quer no que diz respeito à estabilidade da jurisprudência quer no tocante à transparência dos procedimentos[65].

O ponto ideal de equilíbrio está na conciliação entre a atividade criadora do direito pelo juiz e os reclamos da sociedade em prol da segurança jurídica. As noções de conteúdo variável permitem, sob a égide de uma norma geral, encontrar soluções concretas diferentes, de acordo com as circunstâncias e as peculiaridades do caso em exame. Pode-se afirmar, com L. Fernando Coelho, que a atividade dos profissionais do direito (advogado, Ministério Público, juiz), ao decidir, não é definir aquilo que está contido nas leis, mas realizar os valores do direito, tornar efetiva a Justiça, de preferência com a lei, mas se necessário contra a lei[66]. E mais importante, do ponto de vista da sociedade, ter bons juízes do que ter boas leis. Uma boa lei nas mãos de um mau juiz pode ser causa de um desastre; uma lei má nas mãos de um bom juiz pode prestar um bom serviço à sociedade.

Constitui para o direito tarefa impossível regular todos os pormenores da vida em sociedade por meio de normas gerais e abstratas. Deve ele valer-se do expediente propiciado pela utilização de conceitos indeterminados, que permitem, por meio de sua função de concretização, obter resultados aproximados da realização do ideal de justiça perante os dados da realidade. Como afirma Karl Engisch, a justiça exige uma grande concretização, quer dizer, uma consideração das circunstâncias individuais da pessoa e da situação[67]. Em outra passagem, o mesmo Engisch esclarece que concreção do

Chaim; VANDER ELST, Raymond (ed.). *Les notions à contenu variable en droit*, cit. p. 264.

[63] ROMITA, Arion Sayão. *Direitos fundamentais nas relações de trabalho*, 4ª ed., São Paulo: LTr, 2012, p. 38-39.

[64] AARNIO, *A. Le rationnel comme raisonnable*, trad. Geneviéve Warland, Paris: LGDJ, 1992, p. 4-5.

[65] COMAILLE, Jacques. La justice entre détraditionnalisation, néoliberalisation et democratisation. In: COMAILLE, Jacques: KALUSZINSKI, Martine (sous la dir.). *La function politique de la justice*, Paris: La Découverte, 2007, p. 308.

[66] COELHO, L. Fernando. *Lógica jurídica e interpretação das leis*, Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 42.

[67] ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*, 5ª ed., trad. J. Batista Machado, Lisboa:

direito significa orientação do direito ao real, virtude de que acomoda-se às propriedades naturais do objeto da regulação jurídica[68]. O juiz, diante dessa situação, deve acomodar-se aos dados da realidade, da mesma maneira como procede o legislador na busca do direito reto, ao escolher os meios apropriados para alcançar o fim apropriado, como disserta Rodríguez Paniagua[69].

Imbuído desse propósito, o Código Civil brasileiro, de 2002, frequentemente utiliza conceitos indeterminados, em obediência a orientação legislativa submetida a imperativos de socialidade e concreção, como explica Miguel Reale, supervisor da Comissão elaboradora do projeto de lei, na exposição de motivos ao Ministro da Justiça. Escreve ele: O que se tem em vista é, em suma, uma estrutura normativa concreta, isto é, destituída de qualquer apego a meros valores formais e absolutos. Esse objetivo de concretude impõe soluções que deixam margem ao juiz e à doutrina, com frequente apelo a conceitos integradores da compreensão ética, tal como os de boa-fé, equidade, probidade, finalidade social do direito, equivalência das prestações, etc.[70]. Apenas a título de exemplo, podem ser lembradas as referências a noções jurídicas indeterminadas, no corpo do Código Civil, em artigos como o 138 (pessoa de diligência normal); 187 (boa-fé, bons costumes); 421 (função social do contrato); 422 (probidade, boa-fé); 1.573, III (sevícia ou injúria grave), VI (conduta desonrosa); 1.815 (indignidade), além de muitos outros.

A exigência de conexão deriva da imperiosa contingência de permanente adequação da norma geral e abstrata aos fatos sociais verificados no cotidiano da vida das pessoas, em constante mutação.

As noções indeterminadas se valem de linguagem caracterizada por uma textura aberta. Os modelos de comportamento por elas veiculados revelam-se indeterminados, o que torna sua aplicação problemática, por força do que se denomina, em teoria da comunicação, uma textura aberta. Sistemas jurídicos diferentes ou o mesmo sistema jurídico em diferentes épocas precisam encontrar meios de assegurar a mais adequada aplicação de normas gerais e abstratas aos casos particulares. Uma das soluções consiste em regular a conduta dos homens por meio de normas que utilizem conceitos que possuam o mesmo significado em todas as situações em que eles devam ser aplicados. O conceito de bons costumes, por exemplo, é um só, embora os costumes do começo do século XX não sejam os mesmos do século XXI, no Brasil. Os homens que legislam não podem deter total conhecimento de todas as combinações possíveis de circunstâncias que o futuro vai deparar[71].

Dizer que a linguagem da lei ostenta uma textura aberta significa reconhecer que os conceitos por ela utilizados não têm um conteúdo

Fundação Caljuste Gulbenkian, 1979, p. 262.

[68] ENGISCH, Karl. *La idea de concreción en el derecho y en la ciencia jurídica actuales*, trad. Juan José Gil Cremades, Granada: Comares, 2004, p. 177 e 202.

[69] RODRÍGUEZ PANIAGUA, José Mª. Ley y derecho, Madri: Tecnos, 1976, p. 156.

[70] REALE, Miguel. Exposição de motivos do supervisor da Comissão elaboradora do Código Civil, 1975.

[71] HART, H. L. A. *Le concept de droit*, trad. Mcihel van de Kerchove, Bruxelas: Facultés Universitaires Saint-Louis, 1976, p. 159-161.

precisamente delimitado. E não só a parte expressa da comunicação legal deve ser tida em linha de conta: a parte implícita, ou seja, aquela que se depreende do contexto global do enunciado deve igualmente ser levada em consideração. De fato, os estudos sobre comunicação ensinam que esta contém dois elementos distintos, mas indissociáveis: o elemento expresso (no caso da lei, o texto) e o elemento implícito, vale dizer, o contexto que encerra o elemento implícito. Sem ir a extremo de supor que as palavras não têm sentido por si próprias, força é concluir que seu sentido adequado depende, e muito, do contexto em que eles são aplicados[72].

5.2 Standards jurídicos

Standard é palavra da língua inglesa que significa modelo, padrão, entre outros significados (norma, tipo, regra). Não é termo jurídico. Em linguagem comum, quer dizer aquilo que está conforme à norma, à lei, aos costumes, etc.; aquilo que pode servir de modelo, de base.

Os léxicos jurídicos o definem. Segundo o Dicionário Jurídico da Academia Brasileira de Letras Jurídicas, *standard jurídico* é critério básico de avaliação de certos conceitos jurídicos indefinidos, variáveis no tempo e no espaço[73]. Para o Vocabulário Jurídico de Cornu, *standard* designa norma flexível fundada em um critério intencionalmente indeterminado, critério diretivo (englobante e plástico, mas normativo) que incumbe ao juiz, em virtude de implícita remissão legal, aplicar caso a caso, à luz de dados extralegais ou mesmo extrajurídicos (referências costumeiras, necessidades sociais, contexto econômico e político), ocasião de adaptar a norma à diversidade de situações, ao perenizá-la. Como sinônimos de noção-quadro, são dados exemplos: interesses da criança, exigência de boa justiça, prazo razoável, iniquidade manifesta, ordem pública, bons costumes, circunstâncias excepcionais, boa-fé[74]. O Dicionário enciclopédico de teoria e de sociologia do direito assim define *standard jurídicos*: Termo ou locução inseridos em uma regra de direito ou em qualquer ato jurídico, em referência a um estado de fato ou uma qualidade cuja identificação requer uma avaliação ou uma apreciação. De maneira mais geral, noção da linguagem jurídica de conteúdo indeterminado ou variável; noção vaga[75].

A noção de standard jurídico tem origem no direito anglo-saxão, mas no direito romano são encontrados exemplos de standards, como os de boa-fé e bom pai de família. Os standards jurídicos não são normas, porém, exercem a função de uniformizar a interpretação de conceitos indeterminados. Não são fontes do direito nem se confundem com os princípios gerais do direito. Coube à doutrina e à jurisprudência a tarefa de forjar a noção de standards jurídicos, que, no entender de Tercio Sampaio Ferraz Jr., são fórmulas interpretativas

[72] CÔTÉ, Pierre-André. *Interprétation des lois*, 2ª ed., Québec: Les Editions Yvon Blais, 1990, p. 261-262.
[73] Dicionário Jurídico da Academia Brasileira de Letras Jurídicas. Standard jurídico, 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p. 534.
[74] CORNU, Gérard. *Vocabulaire Juridique*, 8ª ed., Paris: PUF, 2009, p. 885 e 619.
[75] ORIANE, Paul. Standart juridique. In: ARNAUD, André-Jean et al. (sous la dir.). *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2ª ed., Paris: LGDJ, 1993, p. 581.

gerais que resultam de valorações capazes de conferir certa uniformidade a conceitos vagos e ambíguos como mulher honesta, justa causa, trabalho noturno, ruído excessivo, etc.[76].

Trata-se de noções insuscetíveis de precisa definição, porém encontradas em todos os sistemas jurídicos. Os standards correspondem a critérios lastreados naquilo que parece normal e aceitável na sociedade no momento em que os fatos são apreciados. São instrumentos de medida de comportamentos e de situações que permitem integrar na ordem jurídica as realidades e valores sociais do momento. São verdadeiros conceitos elásticos[77].

Os standars jurídicos são regras flexíveis ou diretivas (*General Plausel*), que deixam ao juiz um amplo poder de apreciação do caso concreto segundo as circunstâncias[78]. Implicam poder discricionário e, sendo noção maleável, deixam ao juiz certa margem de atuação[79], por constituírem apenas uma diretriz geral que, indicando o fim perseguido, guiam o juiz na aplicação do direito. Paul Roubier cita alguns standards usuais no direito anglo-americano: conduta desleal (*unfair competition*) em matéria de restrições ao trabalho e de monopólios; prudência necessária (*due care*) na apreciação da culpa; procedimento regular (*due processo of law*) na apreciação da inconstitucionalidade das leis, etc.[80].

O standard é uma noção em que o fato predomina sobre o direito. É sempre lembrado em doutrina a definição que de standard fornece Roscoe Pound: uma medida média de conduta social correta, apreciada em função do ideal vigente em dado momento e local, que supõe certo senso em face das coisas da vida e certa margem de apreciação por parte daquele que o aplica. Suas funções podem ser classificadas em duas categorias: função técnica, ao permitir a adaptação do direito à evolução da sociedade; e função ideológica, por assegurar a legitimidade das soluções jurídicas encontradas[81].

Foi a jurisprudência inglesa que introduziu o standard ao lado da norma. Ao contrário desta, que vincula o juiz, o standard é uma diretiva geral destinada a guiar o juiz na aplicação do direito a dar-lhe uma ideia de sua finalidade. Em lugar de regras precisas e fórmulas inflexíveis e imutáveis, adotam-se simples diretivas, grandes linhas de conduta que permitem certa liberdade de ação e adaptação muito mais sensíveis às circunstâncias variáveis da vida social. Al-Sanhoury lembra que, na época clássica, o direito romano forjou o standard da boa-fé para os *negotia bonae fidei* e o standard da conduta do bom pai de família para a noção de culpa. A complexidade crescente da vida social e a evidente incapacidade da lei para tudo prever e tudo regular determinam o aparecimento do standard[82].

---

[76] FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*, São Paulo: Atlas, 1988, p. 223.

[77] BERGEL, Jean-Louis. *Théorie générale du droit*, 2ª ed., Paris: Dalloz, 1989, p. 200.

[78] DABIN, Jean-Louis. *Théorie générale du droit*, nova edição, Paris: Dalloz, 1969, p. 84.

[79] DU PASQUIER, Claude. *Introduction à la théorie et à la philosophie du Droit*, 4ª ed., Neuchatel: Delachaux et Niestlé, 1967, p. 96.

[80] ROUBIER, Paul. *Théorie générale du droit*, Paris: Recueil Sirey, 1946, p. 81.

[81] BLOUD-REY, Céline. Standart. In: ALLAND, Denis; RIALS, Stéphane (sous la dir.) *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris: PUF, 2003, p. 1440.

[82] AL-SANHOURY, A. A. *Les restrictions contratuelles à la liberté individuelle de travail dans la jurisprudence anglaise*, Paris: Marcel Giard, 1925, p. 29.

O standard apresenta, juntamente com o princípio jurídico, duas características: a falta de precisão, de um lado, e, de outro, a generalização e a abstração lógica. Entretanto, eles não se confundem. A noção de princípio jurídico corresponde a certa categoria de normas jurídicas e delas se destaca por via de indução, procedendo por abstração lógica e eliminando as particularidades de cada norma. Já o standard não busca a generalização eliminando as circunstâncias particulares: ele prescreve a maneira como as pessoas devem conduzir-se em sua atividade, e isto unicamente para guiar o juiz que vai julgar, com o bom-senso e a situação baseada em sua própria experiência, a conduta de determinada pessoa em determinadas circunstâncias. Não há no standard, pois, generalização nem abstração, porque ele não visa um caso particular em circunstâncias particulares. Daí a definição de standard como o procedimento que prescreve ao juiz tomar em consideração o tipo médio de conduta social correta para determinada categoria de atos que lhe incumbe apreciar[83].

É verdade que a utilização dos standards alcançou seu apogeu na França durante os anos 20 do século XX, para depois declinar. Hoje em dia, os standards já quase não são empregados, mas permanece viva a ideia de que eles são instrumentos de medida em termos de normalidade, a despeito da ambiguidade da noção de normalidade. Vale salientar que a normalidade pressupõe o que é habitualmente pensado, e não necessariamente o que pensam certas pessoas. A utilidade do standard, portanto, é inegável, uma vez que ele introduz no direito a ideia de normalidade.[84]

5.3 Valores

O vocábulo port. *valor* deriva do lat. tardio *valore*, cognato do v. *valere*, que tem o sentido original de ser forte, ter a força ou o poder de; poderoso. Deriva da raiz *wal-*, que exprime a força, o poder. Em sentido metafísico, significa caráter que faz certas coisas dignas de estima; aquilo que é digno de ser buscado[85]. Em acepção sociológica, *valor social* tem o significado de ideias, normas, conhecimentos, técnicas e objetos materiais, em torno dos quais se vão condensando, pela interação social, opiniões e atitudes favoráveis, baseadas sobretudo em experiências positivas[86]. Em sentido objetivo, tem o significado de bem em si; aquilo que, em geral, é considerado bom, útil, digno de estima[87].

A ciência ou teoria dos valores denomina-se axiologia, do gr. *axia*, valor, preço, dignidade; cognato de *axios*, digno, capaz, hábil, conveniente, condigno, que vale[88].

---

[83] STATI, Marcel O. *Le standart juridique*, Paris: Librairie de Jurisprudence Anacienne et Moderna, 1927, p. 58-59 e 45.

[84] RIALS, Stéphane. *Les standards, notions critiques du droit*. In: PERELMAN, Chaim; VANDER ELST, Raymond (ed.). *Les notions à contenu variable en droit*, cit., p. 43-44.

[85] CUVILLIER, Armand. Valor. In: *Pequeno vocabulário da língua filosófica*, cit., p. 162.

[86] WILLEMS, Emílio. Valor social. In: *Dicionário de sociologia*, Porto Alegre: Globo, 1961, p. 354.

[87] CORNU, Gérard. Valeur. In: *Vocabulaire juridique*, cit., p. 952.

[88] BÖLTING, Rudolf. Axia; axios. In: *Dicionário grego-português*, Rio de Janeiro: Instituto Nacional do Livro, 1953, p. 78 e 79.

A noção de valor é desconhecida na Antiguidade clássica. Entretanto, aos juristas romanos pareceu necessário estimar o valor das coisas (*id quod valent*). Para corrigir os injustos desequilíbrios nas trocas e na repartição das coisas, torna-se indispensável inventar uma medida comum, medir os preços respectivos. Um texto de Aristóteles traz à luz esta necessidade[89]. A função do direito, segundo esta linha de raciocínio, seria proporcionar o quinhão das coisas a cada pessoa segundo o grau do seu valor, seu mérito, sua dignidade[90].

Os léxicos jurídicos definem valor. Uma dessas definições reza: filosoficamente, aquilo que diz respeito à finalidade intrínseca do ser. Social e politicamente, aquilo que a sociedade reputa de importância fundamental para a consecução dos fins que o Estado pretende alcançar[91]. Outra definição: qualidade de uma coisa ou de uma ação, em virtude da qual elas merecem estima ou são objeto de um desejo. Caráter daquilo que é conforme à regra ou à decisão tomada em virtude de um julgamento de valor no sentido anterior. O que fundamenta a validade[92].

No entender de Chaim Perelman e Luci Olbrechts-Tyteca, há valores universais ou absolutos, admitidos por todos, tais como o Verdadeiro, o Bem, o Belo, o Justo[93]. Tais valores universais podem ser chamados de valores de persuasão, porque exercem efetivamente papel argumentativo. A esta lista Neil MacCormick acrescenta o Razoável (*Reasonable*)[94].

Os valores interferem na conceituação de sistema jurídico, porque, como disse Canaris, o sistema pode ser definido como uma ordem axiológica ou teleológica de princípios gerais de direito[95], mas não se restringe a eles, devendo ser incluída a conexão da vida, dos valores, dos institutos, etc., salientando-se assim os elementos de adequação valorativa[96].

Há quem negue a importância dos valores, esposando expressamente a posição de nihilismo axiológico. Theodor Geiger sustenta que os valores não são reais, mas sim imaginários. O bom, o belo, o correto, são *termini* que não têm correspondências no mundo da realidade: a concepção desses valores é somente uma realidade psíquica[97]. Trata-se, porém, de atitude isolada, que não se reflete no pensamento jurídico dominante. Na verdade, o conceito de valor é uma noção-chave, tipicamente teleológica, que aproxima as explicações

[89] ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*, trad. Leonel Vallandro, São Paulo: Abril Cultural (Col. Os Pensadores), 1973, p. 328. É o texto constante do livro V, cap. V, nº 1133ª.

[90] VILLEY, Michel. Préface a GRZEGORCZYK, Christophe. *La théorie générale des valeurs et le droit*, Paris: LDGJ, 1982, p. 5.

[91] ACADEMIA BRASILEIRA DE LETRAS JURÍDICAS. Valor. In: *Dicionário Jurídico*, cit., p. 584.

[92] DELGADO OCANDO, José Manuel. Valeur, trad. André-Jean Arnaud. In: ARNAUD, André-Jean et al. (sous la dir.). *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, cit., p. 633.

[93] PERELMAN, Chaim; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. Tratado da argumentação – a nova retórica, trad. Maria Ermentina Galvão G. Pereira, São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 86.

[94] MACCORMICK, N. On Reasonableness. In: PERELMAN, Chaim VANDER ELST, Raymon (ed.). Les notions à contenu variable en droit, cit., p. 131.

[95] CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*, 2ª ed., cit., p. 77 e 78.

[96] FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*, 4ª ed., São Paulo: Malheiros, 2004, p. 52.

[97] GEIGER, Theodor. *Moral y Derecho* – polémica con Uppsala, trad. Ernesto Garzón Valdés, Barcelona: Editorial Alfa, 1982, p. 14-15.

teórica e filosófica. A teoria dos valores fornece a moldura explicativa para a passagem entre o fato bruto e a finalidade, para a interpretação racional dos comportamentos humanos[98].

A importância da noção de valor para o jurista se evidencia numa dupla dimensão: na produção do direito e na sua aplicação. Epistemologicamente, convém lembrar que, como ensina Gofredo Telles Júnior, o valor tem dois fundamentos. O primeiro é o objetivo e consiste na bondade do objeto. O segundo é subjetivo e consiste no critério de quem julga essa bondade[99]. Ambos os fundamentos apresentam relevância na análise dos dois momentos apreciados na teoria do direito, acima indicados: o de sua produção e o de sua aplicação.

A produção do direito se desdobra no interior de um campo de valores, de um código cultural próprio de cada sociedade, que lhe serve de suporte interpretativo e do qual decorrem impulsos para sua aplicação e efetividade[100]. Uma norma jurídica não surge *ex nihilo*: resulta da dialética de fatos (valorizados) e de valores (em vias de realização)[101]. Em sua aplicação, não se pode perder de vista que, como escreve Miguel Reale, o valor-fim próprio do Direito é a justiça, não como virtude, mas em sentido objetivo como justo, como ordem que a virtude justiça visa realizar[102].

Muito se escreveu sobre este tema, mas força é reconhecer que a teoria trimensional do direito, de Miguel Reale, é a que mais satisfatória solução proporciona para resolver o problema dos fins do direito. É no trinômio fato, norma, valor que se encontra o eixo de toda discussão a respeito do assunto. A norma jurídica é uma forma de integração fático-axiológica, dependendo dos fatos e valores de que se origina e dos fatos e valores supervenientes. Na sua aplicação, a regra jurídica não pode ser entendida sem conexão necessária com as circunstâncias de fato e as exigências axiológicas, e, em consequência, seu sentido autêntico é dado pela estimativa dos fatos, nas circunstâncias em que o intérprete se encontra[103].

Corroborando essa conclusão, Recaséns Siches afirma que, como produto da cultura, o Direito transcende os limites da realidade, visando essencialmente o cumprimento de específicos valores, buscando realizar valores como a justiça, a dignidade e a autonomia de pessoa humana, a segurança, o bem-estar geral, etc.[104].

Ante o exposto, emerge a distinção entre princípio e valor, no campo do direito: enquanto aquele orienta o intérprete na busca de uma decisão justa para o caso concreto, este revela o fim social a ser alcançado no ato da aplicação da norma jurídica.

---

[98] GRZEGORCZYK, Christophe. *La théorie générale des valeurs et le droit*, Paris: LDGJ, 1982, p. 27.
[99] TELLES JÚNIOR, Gofredo. *Filosofia do Direito*, 1º t., São Paulo: May Limonad, s/data, p. 198.
[100] LAJOIE, André. Surdetermination. In: LAJOIE, Andrée et al. *Théories et émergences du droit*, Montréal: *Les Éditions Thémis*, 1998, p. 85.
[101] OST, François; VAN DE KERCHOVE, Michel. De la pyramide au réseau, Bruxelas: Facultés Universitaires Saint-Louis, 2002, p. 365.
[102] REALE, Miguel. *Fundamentos do Direito*, 2ª ed., São Paulo: Rev. Dos Tribunais, 1972, p. 306.
[103] REALE, Miguel. *Filosofia de Direito*, 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 1965, p. 484 e 503.
[104] RECASÉNS SICHES, Luis. *Algunas notas sobre el sentimiento jurídico*. In: CAVALCATI), Teófilo (org.). Estudos em homenagem a Miguel Reale, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, p. 195.

Na interseção do valor com a decisão que ao juiz incumbe proferir evidencia-se a cautela que deve presidir ao afã de julgar. Somente na medida em que o juiz se atém ao código cultural inscrito na norma é que ele desempenha seu papel e exerce efetivamente uma função jurisdicional. Quando, ao contrário, o juiz usa seu poder de codeterminação para inventar um próprio código cultural, quando ele substitui seus próprios valores aos do autor da norma, deixa de se comportar como juiz e introduz uma nova dimensão na decodificação da norma. Aí nasce o governo dos juízes. E então o juiz deixa de exercer uma função estritamente jurisdicional. Ele se torna, neste momento, camuflado sob a toga de magistrado, o titular de uma verdadeira função administrativa, ou política[105].

5.4 Tópicos jurídicos

O vocábulo tópico deriva do gr. *topos*, lugar. Tópicos são categorias gerais, lugares-comuns utilizados como premissas da argumentação num esquema de raciocínio exposto em um debate. Trata-se de uma noção originalmente forjada para o discurso retórico. Quando o debate é de natureza judicial, fala-se em tópicos jurídicos.

Tópicos (*topiká*, em grego) é o título de uma obra de Aristóteles, na qual ele trata dos tópicos no quadro da argumentação de tipo dialético ou retórico, que se opõe à demonstração científica, apodítica, baseada em premissas que são verdadeiras e primeiras; no processo dialético, ao revés, as premissas não são verdadeiras, mas opiniões geralmente aceitas, isto é, aquelas que todos admitem, ou a maioria das pessoas, ou os filósofos, em outras palavras: todos, ou a maioria, ou os mais notáveis e eminentes[106]. Os conceitos e as proposições fundamentais encontradas nos processos dialéticos não são postulados nem axiomas (que deveriam servir de base a uma demonstração), mas *tópoi* da argumentação, ou seja, lugares-comuns, fórmulas, as mais familiares aos juristas ou aos oradores, que variam no tempo e no espaço, e cuja força persuasiva é reconhecida no confronto das opiniões[107].

A tópica era tratada por Cícero não como uma teoria da dialética mas como uma prática da argumentação, no campo da retórica. Na Idade Média, encontrou espaço propício para expansão no contexto do *trivium*, isto é, do grupo das três artes liberais (gramática, retórica, dialética) cujo estudo precedia o *quadrivium*. Entrou em declínio, para ressurgir na Europa, no segundo pós-guerra, em diversas disciplinas, não somente nem em primeiro lugar, no Direito. Ao que consta, a obra pioneira é a de autoria de Ernst Robert Curtius, Literatura Europeia e Idade Média Latina, de 1948.

No capítulo V de sua obra, Curtius apresenta a tópica, que é um celeiro de provisões: contém os mais variados pensamentos, que podem empregar-se em qualquer discurso e nos escritos em geral. Assim é que são estudadas as

[105] TIMSIT, Gérard. *Les noms de la loid*, Paris: PUF, 1991, p. 185.
[106] ARISTÓTELES. Tópicos, trad. Leonel Vallandro, São Paulo: Abril Cultural (Col. Os pensadores), 1973, p. 11. O texto é: Tópicos, I, 1, 100b.
[107] FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. Topiques. In: ARNAUD, André-Jean et al. (sous la dir.). *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, cit., p. 615.

seguintes variedades de tópica: a do discurso de consolação, a tópica histórica, a modéstia afetada, a tópica exordial, a tópica da peroração, a invocação da natureza, o mundo às avessas, o menino e o ancião, a anciã e a menina[108]. Desde então, a tópica encontra aplicação em matérias como a ciência política, a sociologia, a teoria literária, a filosofia.

Coube a Theodor Viehweg, com sua obra Tópica e jurisprudência, editada em 1953, o mérito de introduzir a tópica no mundo do direito. Vivia-se uma fase de irrupção de correntes críticas, que reagiam contra o positivismo legalista. Afastando a aplicação estrita das normas do direito positivo, procurava-se promover uma reflexão metodológica sobre o raciocínio jurídico, atribuindo ao juiz a missão de encontrar para cada litígio uma solução equitativa, razoável e aceitável, embora dentro dos limites das prerrogativas que lhe outorgava o sistema jurídico, de direito legislado e codificado.

A função da tópica é a de um método apto a robustecer a justificação razoável na argumentação jurídica. Para realizar a síntese entre equidade e a lei, o juiz deve poder flexibilizar a última, mediante o emprego de normas jurídicas não codificadas, representadas por máximas e princípios gerais de direito que revelam os valores fundamentais assegurados pelo direito: são os lugares-comuns (*loci*), os tópicos que se formaram ao longo dos séculos, desde o direito romano. A tópica repele o dogma do modelo legalista: pressupõe a lógica do razoável, em virtude da qual a solução resulta não de uma dedução silogística, mas de um debate contraditório centrado na controvérsia dialética. Mediante o emprego da tópica, busca-se encontrar soluções que não somente sejam conformes à lei, mas antes privilegiem a conciliação do direito com a razão e a justiça[109].

No prefácio à tradução brasileira da obra de Theodor Viehweg, Tercio Sampaio Ferraz Jr. esclarece que a tópica não é um conjunto de princípios de avaliação da evidência, cânones para julgar a adequação de explicações propostas, critérios para selecionar hipóteses, mas um modo de pensar por problemas, a partir deles e em direção a eles. Num campo teórico como o jurídico, pensar topicamente significa manter princípios, conceitos, postulados, com um caráter problemático. São *tópoi* noções como interesse, interesse público, boa-fé, autonomia da vontade, soberania, direitos individuais, legalidade, legitimidade. Prossegue o autor do prefácio: Noções-chaves como interesse público, vontade contratual, autonomia da vontade, bem como princípios básicos como não tirar proveito da própria ilicitude, dar a cada um o que é seu, *in dubbio pro reo* guardam um sentido vago que se determina em função de problemas como a relação entre sociedade e indivíduo, proteção do indivíduo em face do Estado, do indivíduo de boa-fé, distribuição dos bens numa situação de escassez, etc., problemas estes que se reduzem, de certo modo, a uma aporia nuclear, isto é, a uma questão sempre posta e renovadamente discutida e que anima toda a jurisprudência: a aporia da justiça[110].

[108] CURTIUS, Ernst Robert. *Literatura europeia e Idade Média latina*, trad. Teodoro Cabral, Rio de Janeiro: Instituto Nacional do Livro, 1957, p. 82 e segs.
[109] CORIAT, Jean-Pierre. Topiques juridiques. In: ALLAND, Denis; RIALS, Stéphane (sous la dir.). *Dictionnaire de la culture juridique*, cit., p. 1.485.
[110] FERRAZ JR., Tercio Sampaio. Prefácio a: VIEHWEG, Theodor. *Tópica e Jurisprudência*, p. 3-4.

Em sua obra, Theodor Viehweg ensina que a tópica é uma técnica do pensamento problemático: trata-se de uma *techne* do pensamento que se orienta para o problema, entendendo-se por problema toda questão que aparentemente permite mais de uma resposta. Característica do pensamento problemático é reclamar uma eterna busca dialética, um sistema aberto. A *techne* jurídica, a serviço da ciência do direito, a implica a incessante busca do justo. O direito positivo emana dessa busca. Trata-se simplesmente da questão do que seja justo aqui e agora[111].

O modelo tópico de funcionamento da jurisprudência a que se refere Viehweg é, ao ver de Manuel Atienza, indubitavelmente ingênuo. As reflexões de Viehweg a respeito da função da tópica, que seria a busca da realização do ideal de justiça, não passam, segundo Atienza, de uma trivalidade, que em nada contribui para fazer avançar a teoria do raciocínio jurídico. O problema, naturalmente, não consiste em lançar proclamações vazias sobre a justiça, mas sim em idealizar algum tipo de método que permita discutir racionalmente as questões da justiça[112].

Também Luis Alberto Warat dirige críticas à concepção de Viehweg, que, segundo ele, é vacilante e, muitas vezes, incoerente, em razão de seu apego e culto à dogmática jurídica[113]. Inegável, porém, é que a doutrina de Viehweg ostenta valor incontestável para a solução do problema da aplicação prática do direito, porque, como diz o próprio Warat, a adoção dos tópicos conduz a decisões legitimadas por fundamentos de caráter persuasivo, aceitos pela comunidade e incorporados ao saber jurídico. De qualquer forma, é certo que os tópicos não são princípios jurídicos nem exercem a mesma função deles.

5.5 Conclusão

Do exposto acima (item 5.1), resulta a clara distinção entre princípios jurídicos e conceitos jurídicos indeterminados (figura da qual se aproximam os preceitos de textura aberta, os valores e os tópicos).

Os conceitos jurídicos indeterminados, que não se confundem com os princípios, são formulações ideais, vale dizer, mentais ou pensadas, de elementos da realidade, das quais derivam consequências jurídicas. Não há uma regra estrita que discipline a aplicação desses conceitos, pois o fator decisivo reside no poder discricionário do intérprete (juiz ou outro jurista). Como elementos da integração do direito, têm por efeito a aproximação entre a generalidade da norma jurídica e o caso concreto que se encontra em exame. Por meio dos princípios, a argumentação jurídica centra-se na própria norma para aproximá-la da realidade, mercê dos processos de interpretação. Por meio dos conceitos indeterminados, o esforço de aproximação centra-se nos fatos ou circunstâncias do caso em estudo, isolando-os com o fito de concretizar a persuasão de que determinada solução é efetivamente a mais adequada.

---

[111] VIEHWEG, Theodor. *Tópica e Jurisprudência*, trad. Tercio Sampaio Ferraz Jr., Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979, p. 88.

[112] ATIENZA, Manuel. *Las razones del Derecho* – teorías de la argumentación jurídica, Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 60.

[113] WARAT, Luis Alberto. *Introdução geral ao Direito*, II, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995, p. 31.

Os conceitos indeterminados partem não da norma, mas dos fatos reais, para, atentas as circunstâncias que os cercam e as peculiaridades que lhes são próprias, aproximá-los da norma que o intérprete criará para solucionar o problema real[114].

6 Brocardos, adágios, aforismos

Brocardo, adágio e aforismo são sinônimos.

A palavra *brocardo* provém do lat. mediev. *brocardus*, substantivo próprio: Burchard, bispo de Worms, que no século XI compôs uma compilação canônica de sentenças que se tornaram célebres, sob o título Brocardia. Brocardos são axiomas jurídicos, preceitos gerais extraídos da jurisprudência e dos escritos dos intérpretes (axioma é uma regra breve que, em matemática, designa as proposições evidentes por si mesmas e que dispensam demonstração).

O vocábulo *adágio* deriva do lat. *adágio-onis*, mais tarde *adagium*, -i, proveniente de *aio*, verbo que significa dizer sim, afirmar[115]. É uma sentença moral, um provérbio; expressão lapidar consagrada pela tradição, que enuncia, sob forma concisa e elegante, uma regra jurídica ou um fato de experiência.

Aforismo é palavra derivada do gr. *aphorismos*, do v. *aphorizo*, definir: é uma breve sentença que em poucas palavras contém um princípio de doutrina[116]. O aforismo era cultivado pelos médicos e filósofos da Antiguidade. Trata-se de uma proposição breve que resume o essencial dos conhecimentos e da experiência de um ponto de ciência, de doutrina ou de prática. Ex.: Os aforismos de Hipócrates (século V a.C.).

São também sinônimos: apotegma, sentença, parêmia.

O *apotegma* (do gr. *apophthegma*), derivado do v. *apophthegestai*, proferir uma máxima é a fala memorável de um ancião, uma frase atribuída a um personagem célebre, demonstração espirituosa de um ensinamento. Ex.: Os Apotegmas dos Antigos, de Plutarco). É um dito breve e sentencioso.

Sentença (do lat. *sententia*, de *sentire*, sentir, perceber) define-se como uma opinião sábia e autorizada, sentimento profundo emitido por um jurisconsulto, de valor doutrinário consagrado. Exemplo ilustre: as Sentenças de Paulo.

Parêmia (do gr. *paroimia*, provérbio) é um provérbio; o mesmo que máxima, ditado, anexim. A máxima é uma sentença relevante, que contém uma verdade superior ou um preceito moral, expressando muitas vezes um princípio geral do direito. Também se usa o termo ditado (do lat. *dictum*, part. de *dicere*, dizer), que exprime uma faceta de sabedoria em forma de provérbio; breve ensinamento de bom senso. Ex.: Quem pode o mais pode o menos. Quem cala consente.

---

[114] PUIG BRUTAU, José. *La jurisprudencia como fuente del derecho*, Barcelona: Bosch, s/data, p. 196.

[115] WAGNE, Augusto. Aio. In: *Dicionário etimológico da língua latina*, vol. I, Rio de Janeiro: Instituto Nacional do Livro, 1952, p. 185.

[116] RAMIZ GALVÃO. Aphorismo. In: *Vocabulário etimológico, ortográfico e prosódico das palavras portuguesas derivadas da língua grega*, Rio de Janeiro: Livraria Garnier, 1994, p. 73.

Discrepam os autores quanto à juridicidade e à serventia dos brocardos. No passado, alguns juristas os julgavam eternos, por serem a própria razão natural escrita. Esclarecem, iluminam, guiam: são raios divinos[117]. Autores mais modernos, entretanto, os condenam, por destituídos de valor científico e muitas vezes falsos e inexatos. Roberto de Ruggiero escreve: São o mais perigoso instrumento nas mãos do juiz, quando pouco experiente na difícil arte de interpretar. Têm a aparência de princípios gerais e absolutos, mas não há um só que não seja falso, como regra geral: parecem as mais das vezes contraditórios e antitéticos, de modo que contra um, que afirma certa regra, é sempre possível encontrar outro, que contenha regra oposta; tem cada um seu campo de aplicação dentro de limites próprios, fora dos quais vigora regra contrária; mas não se esclarece quais sejam esses limites. Grande número dos erros cometidos na aplicação dos textos legais tem sua causa direta e imediata no abuso que os juízes e os advogados fazem desses aforismos, que, como foi dito, são falsos em sua generalidade[118]. Entre nós, Alípio Silveira declara seu prestígio, modernamente, pouco menos que nulo[119].

Outra corrente de pensamento reconhece valor, embora limitado, aos brocardos jurídicos. Raimundo Bezerra Falcão os menciona entre as regras de hermenêutica externas e os considera regras de norteamento interpretativo. Eles resultam de interpretações ancestralmente realizadas e à interpretação se destinam, contudo, também eles reclamam interpretação[120].

Como soi acontecer em temas desta natureza, a opinião mediana é a que merece prevalecer. No caso, a lição de Carlos Maximiliano parece a mais convincente: Assim como os provérbios resumem a sabedoria popular, são os brocardos um elemento importante da tradição jurídica. Não têm força obrigatória: porém guiam, orientam o hermeneuta (...). Não se confunda o abuso com o uso prudente e oportuno. O perigo está na aplicação mecânica dos adágios, na obediência cega a dogmas tradicionais, no emprego não pensado e não consciente dos textos romanos: a jurisprudência não pode prescindir do coeficiente pessoal, do critério, do raciocínio. Cumpre verificar qual foi, na origem, o objeto da regra, conhecer o verdadeiro significado da mesma, empregá-la com pleno conhecimento de causa e senso da oportunidade, restringi-la aos casos que efetivamente abrange[121].

A maioria dos brocardos são enunciados em latim, embora nem sempre eles provenham do direito romano. Na Idade Média e no Renascimento foram criados inúmeros adágios, em língua latina, mas é certo que a maior parte deles vem do direito romano.

A compilação justiniânea constitui o núcleo desse conjunto. O último título do Digesto (o XVII), *de diversis regulis iuris antiqui*, reúne 211 máximas

[117] MAXILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*, 10ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1988, p. 240.
[118] DE RUGGIERO, Roberto. *Instituciones de Derecho Civil*, vol. 1°, trad. de Ramón Serrano Suñer e José Santa-Cruz Teijeiro, Madri: Reus, s/data, p. 134.
[119] SILVEIRA, Alípio. *Hermenêutica no Direito brasileiro*, 1° vol., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968, p. 384.
[120] FALCÃO, Raimundo Bezerra. *Hermenêutica*, São Paulo: Malheiros, 1997, p. 261.
[121] MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*, cit., p. 242.

colhidas nos escritos de antigos jurisconsultos. Nesse florilégio oficial, os jurisconsultos mais citados são Paulo, com 67 transcrições, e Ulpiano, com 61. Diversos fragmentos são de autoria de Pompônio (15), Gaio (15), Papiniano (10), Celso (9), Juliano (6), Modestino (4), Marcianus (1).

As máximas se caracterizam por sua concisão e generalidade: quanto a esta, é de lembrar que no início do adágio a palavra *nemo* aparece 14 vezes; *omnis, omnes, omnia* 8 vezes; *semper, quotiens, nulla, nullum, nihil* são frequentes. As regras tratam de todos os temas jurídicos, em particular a ação judicial e o processo, o testamento e a sucessão, a interpretação das leis e das declarações de vontade (20), as obrigações, os atos ilícitos (21), os danos, a fraude, o furto, a coação, a venda, a posse, a prescrição, o *status libertatis* ou a condição social (22). Interessando ao direito, muitos adágios derivam da lógica e do bom senso (*in toto et pars continetur*, Gaio; *semper speciali generalibus insunt*, Gaio). Trata-se de enunciados que condensam o que há de mais profundo na ciência do direito (= *iurisprudentia*), produtos de uma elaborada reflexão.[122]

São encontrados em escritos de juristas brasileiros adágios redigidos em francês; por exemplo: *en fait de meubles possession vaut titre* = quando se trata de móveis a posse equivale a título (de propriedade); *pas d'interêt pas d'action* (a falta de legítimo interesse acarreta a carência de ação); *pas de nullité sans grief* (não há nulidade sem prejuízo).

Embora não gozem mais do prestígio que outrora desfrutaram, os adágios ainda são empregados. São inúmeros os repertórios que os divulgam. Apenas como exemplo, citam-se os de Tassilo Orpheu Spalding[123], Paulo Rónai[124] e Dirceu A. Victor Rodrigues[125]. Casos há em que um adágio se torna objeto de teses ou de estudo doutrinário profundo; por exemplo, o estudo de Tzarano[126].

Os adágios podem ser classificados em duas grandes categorias: 1ª – adágios que veiculam o direito; 2ª – adágios que servem ao direito (para, meta ou suprajurídicos).

Adágios que veiculam o direito.

Verdadeiros adágios jurídicos expressam uma norma jurídica e podem ser divididos de acordo com a finalidade que buscam alcançar; adágios que veiculam regras técnicas; princípios gerais; diretrizes de interpretação e explicações fundamentais. Vejamos exemplos de cada um deles.

a) Regras técnicas

Pela precisão de seu objeto, os adágios que enunciam estas regras se assemelham às disposições legislativas, das quais se distinguem apenas pela forma. Dizem respeito à ação judicial, à prescrição, ao processo em geral. Ex.: *Ne procedat iudex ex officio.*

[122] CORNU, Gérard. *Linguistique juridique*, Paris: Montchrestien, 1990, p. 359 e segs.
[123] SPALDING, Tassilo Orpheu. *Pequeno dicionário jurídico de citações latinas*, São Paulo: Saraiva, 1971.
[124] RÓNAI, Paulo. *Não perca o seu latim*, Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1980.
[125] RODRIGUES, Dirceu A. Victor. *Dicionário de brocardos jurídicos*, 6ª ed., São Paulo: Sugestões Literárias, 1970.
[126] TZARANO, Grégoire J. *Étude sur la règle*: Nemo auditur propriam turpitudissem allegams, Paris: Librairie de Jurisprudence Ancienne et Moderne, s/data.

b) Princípios gerais

São verdadeiras máximas que, pela generalidade e pelo alcance, constituem-se em preceitos de ordem superior. Ex.: *Pacta sunt servanda.*

c) Diretrizes de interpretação

Trata-se de princípios jurídicos de interpretação, que orientam o jurista na tarefa de interpretar a lei. Ex.: *Ubi eadem ratio, idem ius.*

d) Explicações fundamentais

São sentenças que explicam o direito. Têm origem doutrinária, mas exprimem opiniões consagradas. Ex.: *Forma dat esse rei.*

Estes adágios não veiculam normas jurídicas *stricto sensu*, mas são úteis ao direito. Embora compostos de elementos exteriores ao direito, contribuem para sua compreensão e sua realização, pelas ideias e valores que exprimem. São: a) máximas superiores; b) conselhos práticos; c) máximas de sagacidade; d) evidências lógicas; e e) notas de valor.

a) Preceitos superiores

Estes adágios exprimem ideias que elevam o direito, ligados à moral, ao direito natural ou a outras fontes de valor. Compreendem dois grupos: I – máximas de equidade; II – máximas que comportam uma concepção do direito.

I) Máximas de equidade

Preconizam a realização da justiça e o equilíbrio. Ex.: *Ubi emolumentum, ibi onus.*

II) Máximas que contêm uma concepção do direito

Caracterizam ou definem o direito. Ex.: *Ius est ars boni et aequi.*

b) Conselhos práticos

Exprimem dados da experiência, observações de sabedoria popular. Ex.: *Verba volant, scripta manent.*

c) Máximas de sagacidade

Semelhantes aos anteriores, caracterizam-se pelo realismo e pelo pragmatismo. Passam por verdades de experiência e tratam principalmente da prova. Ex.: *Idem est non esse et non probare.*

d) Evidências lógicas (axiomas)

Sua força provém da evidência no sentido comum, mas encontram notáveis aplicações. Ex.: *Sublata causa, cessat effectus.*

e) Notas de valor

Enunciam julgamentos de valor sobre fatos e atos, mais geralmente sobre situações e comportamentos de diversa consideração. Ex.: *En fait de meubles, possession vaut titre*[127].

[127] CORNU, Gérard. *Linguistique juridique*, cit., p. 369 e segs.

7 Direito romano

O direito romano não constitui um sistema. Consta de uma enorme coleção de textos de riqueza incomensurável, não raramente heterogêneos ou contraditórios, que se estende por mais de seis séculos. O jurista contemporâneo fala de sistema, mas em latim clássico esta palavra não é usada, a não ser nas acepções técnicas referentes à métrica e à música. Em uma tradução de Cícero de texto grego, em que se emprega o substantivo *sistema*, lê-se o verbo latino *constare*. O fato se deve à tendência, típica do latim clássico, de evitar abstrações. Aqui, tem pleno cabimento lembrar o alvitre de Antonio Manuel Hespanha, que censura a tendência de alguns historiadores para impor ao passado os paradigmas do presente. A deformação do passado pela utilização de categorias vigentes na época do escritor merece condenação[128].

Os juristas romanos evitavam o uso do termo abstrato *sistema*, como totalidade coerente, para designar o material objeto de seu estudo[129].

Ao falar de direito romano, é de rigor abandonar o cômodo artifício de considerá-lo um bloco monolítico; cumpre não perder de vista as diversas fases de seu desenvolvimento.

O gênio eminentemente prático dos romanos fez do direito, ao contrário de outras legislações primitivas, um domínio distinto da religião e da moral. Há um direito religioso: é o *fas*; e há um direito profano independente do *fas*, que é o *ius* (*iura*). Feito pelos homens, o ***ius*** não é obra de uma vontade superior, infalível e imutável. Produto das necessidades sociais, ele se modela ao sabor das transformações sofridas pelo ambiente sobre o qual incide[130].

É natural que o direito privado reflita as características do espírito romano. Como ser pragmático por excelência, o romano não vê na regra jurídica a expressão de um alto valor moral, mas ele a acata porque, avisadamente, percebe sua vantagem imediata. A utilidade é para ele a fonte e a justificação do direito. Horácio, que não era jurista, mas um poeta fortemente imbuído de noções jurídicas, diz claramente: *utilitas iusti prope mater et aequi*: a utilidade é, por assim dizer, a mãe da justiça e da equidade[131].

As fontes do direito variam, segundo as diversas fases da evolução histórica.

No antigo direito romano, a fonte por excelência é o costume: como todo direito arcaico, é essencialmente consuetudinário: *mos maiorum, consuetudo*. Na República, a lei entra em concorrência com o costume como fonte do direito. Citam-se algumas leis importantes: a famosa lei das XII tábuas, de 451-449 a. C.; a *lex* Cinnia (204 a. C.) sobre as doações; a *lex* Furia (cerca de 200 a. C.) sobre testamentos; a lex Atilia (186 a. C.) em matéria de tutela; a *lex* Aquilia (por volta do século III a. C.), que sancionava como delito privado o *damnum*

[128] HESPANHA, Antonio Manuel. Para uma teoria da história institucional do Antigo Regime. In: HESPANHA, A. M. (org.). *Poder e instituições na Europa do Antigo Regime*, Lisboa: Fundação Caloute Gulbenkian, 1984, p. 25.

[129] LOSANO, Mario G. *Sistema e estrutura no direito*, vol. 1, trad. Carlo Alberto Dastoli, São Paulo: Martins Fortes, 2008, p. 15-22.

[130] MAY, Gaston. *Éléments de droit romain*, 7ª ed., Paris: Librairie de a Société du Recusil Général, 1901, p. 13.

[131] Horácio. *Sátiras*, I, 3, 98.

iniuria datum; a lex *Julia de adulteriis*. Outras fontes são os senátus-consultos e os éditos dos magistrados[132].

No direito clássico (que se estende do século II a. C. ao fim do século III d. C.) subsistem as fontes do período anterior, mas surgem duas novas fontes: as constituições imperiais e as respostas dos jurisconsultos[133].

O direito romano do Baixo Império desenvolve-se dos séculos IV a VI da nossa era. Nesta fase, registram-se os primeiros esforços de codificação, que culminam com a compilação ordenada pelo imperador Justiniano. O conjunto das coletâneas, ao qual mais tarde se deu o nome de *Corpus Iuris Civilis*, compreende quatro partes: o Código (*Codex Justiniani*), o Digesto (*Digestas* ou *Pandectas*), as Instituições (*Institutiones Justiniani*) e as Novelas (*novellae* ou leis novas)[134].

Cabe lembrar que as fontes do direito romano estão relacionadas em dois textos. Papiniano: *Ius autem civile est, quod ex legibus plebiscitis, senatusconsultis, decretis principum, autoritate prudentium venit. Ius praetorium est, quod praetores introduxerunt, adiuvandi vel corrigendi iuris civilis gratia, propter utilitatem publicam: quod et honorarium dicitur, ad honorem praetorum sic nominatur.* Assim, o direito civil é o que deriva das leis, dos plebiscitos, dos senátus-consultos, dos decretos dos príncipes, da autoridade dos jurisconsultos. O direito pretoriano é o que os pretores introduziram para interpretar, integrar ou corrigir o direito civil, em razão da utilidade pública: o qual também se designa por honorário, em honra dos pretores[135]. Gaio: *Constant autem iura ex legibus, plebiscitis, senatusconsultis, constitutionibus principum, edictis eorum qui ius edicendi habent, responsis prudentium.* Assim, o direito consiste das leis, dos plebiscitos, dos senátus-consultos, das constituições dos príncipes, dos éditos daqueles que têm o direito de promulgá-los, das respostas dos jurisconsultos[136].

Interessam-nos aqui, particularmente, as respostas dos jurisconsultos, assim definidas nas Instituições de Gaio: *Responsa prudentium sunt sententiae et opiniones eorum quibus permissum est iura condere.* As respostas dos jurisconsultos são os pareceres e as opiniões daqueles que têm permissão de constituir o direito[137]. Como explica Ebert Chamoun, a atividade dos jurisconsultos consistia em *respondere*, isto é, responder às consultas jurídicas, *agere* ou dirigir os processos, e *cavere* ou redigir os atos jurídicos[138].

Os romanos faziam alto conceito daqueles que se consagram ao direito, a seu ensino e a sua aplicação. O direito é para eles a arte do bom e do justo[139] e aqueles que a ele se consagram exercem uma espécie de sacerdócio[140]. Segundo Stammler, o mais belo e mais grandioso em sua obra está no seu talento para

[132] GIRARD, Paul Frédéric. *Manuel élémentaire de droit romain*, 5ª ed., Paris: Arthur Rousseau, 1911, p. 34.
[133] PEIXOTO, José Carlos de Matos. *Curso de Direito Romano*, t. I, 2ª ed., Rio de Janeiro: Edit. Fortaleza, 1950, p. 89.
[134] GILISSEN, John. *Introdução histórica ao Direito*, 3ª ed., trad. A. M. Hespanha, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 92.
[135] D. 1, 1, *de iustitia et iure*, 7, pr. e § 1.
[136] Institutiones, 1, 2.
[137] Institutiones, 1,7.
[138] CHAMOUN, Ebert. *Instituições de direito romano*, 5ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1968, p. 35.
[139] D. 1, 1, de *iustitia et iure*, pr. (Celso, cit. por Ulpiano).
[140] D. 1, 1, de *iustitia et iure*,1, § 1.

encontrar sempre nos casos controvertidos a solução que na situação litigiosa dita o direito justo[141]. A duração milenar do direito romano se deve, ao ver de Rafael Bielsa, ao alto valor de suas sentenças ou máximas, pois não sobrevive às transformações sociais, políticas e econômicas um princípio jurídico que não encontre apoio consistente no justo e no moral, ostentando vitalidade em face das modificações que os acontecimentos e os tempos impõem a todas as coisas[142].

Sem dúvida, os juristas romanos não elaboraram teorias abstratas sobre a justiça. O justo em geral não constituía objeto do seu labor, ao contrário do que sucedera com os filósofos gregos, que teorizavam o justo. Os romanos eram práticos: interessava-lhes a solução do caso concreto. Por isso, pode-se falar em ordenamento jurídico em Roma, mas não em sistema de direito romano. Sistema do direito romano (Saviagny) é criação do século XIX[143].

Descabe, no direito romano, falar em exegese das leis, porém, mais propriamente, em inteligência e interpretação dos costumes. Pompônio, em passagem bem conhecida, esclarece: *Ita in civitate nostra, aut iure, id est, lege constituitur: aut est proprium ius civile, quod sine scripto in sola prudentium interpretatione consistit.* É assim que, em nossa cidade, o direito se constitui de leis, porém, o direito civil em sentido próprio consiste, na ausência de toda lei escrita, naquilo que somente resulta do trabalho de interpretação dos jurisconsultos[144]. Não se admite, portanto, que as sentenças sejam deduzidas das leis, isto é, que as decisões derivem do direito concebido como um sistema legislativo. As leis e o direito configuram esferas distintas, embora as primeiras possam interferir. No Digesto, os dois primeiros títulos do livro I são dedicados aos princípios do *ius*, e, depois deles, vem um terceiro, separado, relativo às leis e ao costume (*de legibus, senatusque consultis et longa consuetudine*). É neste título que se encontra a definição de *lex*, segundo Papiniano: *Lex est commune praeceptum, virorum prudentium consultam: delictorum quae sponte vel ignorantia contrahuntur, coercitio, communis reipublicae sponsio.* A lei é um preceito geral, deliberação de homens sábios: repressão dos delitos, cometidos intencionalmente ou por ignorância, compromisso comum da república[145]. O trabalho dos jurisconsultos tem por efeito a produção de definições e de regras jurídicas gerais, conferindo ao direito forma escrita[146].

O direito romano é, assim, axiomático: não deduz a solução das controvérsias de regras estabelecidas de antemão. Como se lê em Paulo: *non ex regula ius sumatur*[147]. Não procede de cima para baixo, a partir de normas fixadas pelo legislador sábio e onisciente. Não é um direito legalista. Utiliza um número reduzido de leis e nele nada se encontra que possa assemelhar-se aos códigos modernos. O raciocínio dedutivo é moderadamente empregado, o que ocorre apenas quando, a título auxiliar, atende às determinações precisas do direito legislado. O método utilizado pelos juristas romanos é o casuístico, proferindo

[141] STAMMLER, Rudolf. *Tratado de filosofía del derecho*, trad. W. Roces, México: Edit. Nacional, 1974, p. 29.
[142] BIELSA, Rafael. *Los conceptos jurídicos y su terminología*, 3ª ed., Buenos Aires: Depalma, 1993, p. 266.
[143] FERRAZ, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo de direito*, São Paulo: Atlas, 1988, p. 35 e 166.
[144] D. 1, 3, de origine *iuris et omnium magistrum et su cessione prudentium*, 12.
[145] D. 1, 3, de *legibus senatus que consultis et longa consuetudine*, 1.
[146] VILLEY, Michel. *Sentusque Le droit et les droits de E'homme*, Paris: PUF, 1990, p. 65.
[147] D. 50, 17, *de diversis regulis iuris antiqui*, 1.

em cada caso a sentença não de acordo com os ditames da lei, mas segundo o que impõem a natureza das coisas e as opiniões dos jurisconsultos. Já houve quem dissesse que o direito romano apresenta uma estrutura casuística[148]. Por esse motivo, Francisco Amaral ensina que o direito romano foi um direito dos juristas, na medida em que, sendo quase inexistentes os textos legais, eles decidiam os casos que lhes eram apresentados e para os quais eram chamados a dar respostas (*responsa*) ou decisões (*sententiae*). O processo de decisão jurídica tomava-se, então, a partir do caso, não de uma lei ou regra preexistente (...). O pensamento jurídico romano era, assim, um pensamento problemático, pois constituía o direito, a norma jurídica, a partir de um problema e com uma determinada técnica (*techne*) formada de princípios e proposições[149].

No desenvolvimento de sua atividade, que, como vimos, consistia em responder às consultas jurídicas (*respondere*), dirigir os processos (*agere*) e redigir os atos jurídicos (*cavere*), ou seja, ao proferirem as respostas às consultas (*responsa*) ou decisões (*sententiae*), os jurisconsultos romanos deveriam, à míngua de textos legais preexistentes, inspirar-se em princípios, valores ou critérios, como a *bona fides*, a *aequitas*, a *utilitas*.

Convém notar que, sendo o direito romano um direito jurisprudencial, não se obriga, contudo, a observar os precedentes, isto é, as decisões anteriores dos juízes. É, mais propriamente, um *Juristenrecht* do que um *judge made law*. Distancia-se, então, do direito anglo-norte-americano, no qual os precedentes judiciais são considerados fontes formais do direito. Neste sistema jurídico, a regra do *stare decisis* significa que um caso anterior deve servir de norma para o posterior que lhe seja equiparado[150]. Já o direito romano não pode ser considerado um direito de precedentes, embora, no exercício do *ius respondendi*, os jurisconsultos romanos levassem em conta a força jurídica das *responsa* anteriores, que não poderiam deixar de exercer certa influência sobre as sentenças futuras a serem pronunciadas[151].

8 Principia, praecepta, regulae iuris

Ante o exposto acima (item 7, supra), cabe indagar se o direito romano conheceu princípios jurídicos e, em caso afirmativo, se a concepção romana coincide com a atual. Para tentar dar uma resposta, seria de rigor distinguir as expressões princípios jurídicos e princípios gerais de direito? é sustentável a tese de que os *pracepta iuris* de Ulpiano[152] e das Instituições de Justiniano[153] constituem princípios gerais do direito? Neste caso, seriam princípios exteriores, anteriores ao direito positivo, porquanto relacionados com a lei

[148] VILLEY, Michel. *La formation de la pensée juridique moderne*, Paris: PUF, 2003, p. 429.

[149] AMARAL, Francisco. Princípios fundamentais do direito contratual brasileiro. Marcas romanas (separata de *O sistema contratual romano*: de Roma ao direito actual), Lisboa: Coimbra Editora, 2010, p. 424.

[150] BODENHEIMER, Edgar. *Ciência do Direito*, trad. Enéas Marzano, Rio de Janeiro: Forense, 1966, p. 409.

[151] HAMZA, Gábor. *La formación del Derecho Privado Europeo y la tradición del Derecho Romano*. In: Revista Brasileira de Direito Comparado, nº 39, Rio de Janeiro: Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, 2011, p. 124-125.

[152] D. 1, 1, *de iustitia et iure*, 10, § 1.

[153] I. 1,1, *de iustitia et iure*, § 3.

natural, entendendo-se que este *ius naturale* não consiste em um direito superior (por exemplo, de origem divina), mas representa unicamente o conjunto das normas de conteúdo moral que governam a vida dos homens em sociedade. Pode-se igualmente afirmar que as diversas *regulae iuris* contidas no último titulo do último livro do Digesto[154] exprimem princípios jurídicos, no sentido de soluções jurídicas geralmente aceitas.

8.1 Principium

O vocábulo *principium* quase não é empregado pelos juristas romanos. Quando o é, contém a ideia de: primazia, o que vem em primeiro lugar, os primeiros elementos. Por exemplo: as primeiras palavras de um interdito possessório. Lê-se nas Instituições de Gaio: *Interdicto, cuius principium est QUORUM BONORUM...*[155]*; ou, ainda: Interdictum cuius principium est UNDE TU ILLUD VI DEJECISTI*[156]. O primado pode aludir a uma precedência cronológica, mas também conceitual, como se lê em Cícero (*De Legibus*): *ita principem legem,* referindo-se à lei natural que os deuses deram aos homens, pois que esta não é uma invenção humana nem uma decisão arbitrária dos povos, mas um princípio eterno que governa o mundo inteiro e indica o que convém permitir ou proibir[157].

Da ideia de primado ou anterioridade deriva a que empresta a *principium* o significado de causa eficiente de um fenômeno, ou seja, uma causa primeira suscetível de produzir efeitos. Neste sentido, também pode ser encontrado o emprego de *causa* e *fons*.

Cícero usa frequentemente *principium* com o significado de origem, começo. Assim é que vê na família o *principium* da cidade e o seminário da sociedade: *Id autem est principium urbis et quase seminarium reipublicae*[158]. Na origem, os princípios naturais (*naturae principia*) da comunidade e da sociedade humana residem na razão e na linguagem[159]. O homem é qualificado de *principium reliquarum rerum,* isto é, a razão de ser de todas as outras coisas: *Nunc quoniam hominem, quod principium reliquarum rerum esse voluit...*[160].

Aplicada ao domínio do direito, essa acepção leva Cícero a sustentar que, para formar o verdadeiro conhecimento do direito, é preciso começar por estudar os seus princípios. A ignorância, e não o conhecimento do direito, é que causa os processos: *potius ignoratio iuris litigiosa est quam scientia*[161]. É necessário examinar os princípios do direito: *nunc iuris principia videamus*[162]. Onde encontrar esses princípios que fundamentam o direito? No estudo da lei, que pode ser definida como a razão suprema gravada na natureza do homem, ditando-lhe o que deve fazer e proibindo-lhe o que deve ser evitado: *ut idem definiunt, lex est*

[154] D. 50, 17, *de diversis regulis iuris antiqui.*
[155] GAIO. *Instituições,* III, 34.
[156] Id., IV, 154.
[157] CÍCERO. *De Legibus,* III, 4 e 8.
[158] CÍCERO. *De Officiis,* I, 17, 54.
[159] Id., I, 16, 50.
[160] CÍCERO. *De Legibus,* I, 9, 27.
[161] Id., I, 6, 18.
[162] Id., ib.

ratio summa, insita in natura, quae iubet ea quae facienda sunt, prohibetque contraria[163]. É a lei que permite distinguir as coisas justas das injustas, expressando-se conforme a natureza antiga e primordial do mundo, a partir da qual se regem as leis dos homens, que punem os maus e tomam a defesa e a proteção dos homens de bem: *Ergo est lex iustorum iniustorumque distinctio, ad illam antiquissimam et rerum omnium principem expressa naturam, ad quam leges hominum diriguntur, quae supplicio improbos adficiunt, defendunt ac tuentur bonos*[164].

Os princípios jurídicos, suas raízes, devem ser descobertos na natureza: *stirpem iuris a natura*[165]. Ela ensina aos homens que nascemos para a justiça e que o direito se funda não no acordo entre os homens mas na própria natureza: *nos ad iustitiam esse natos, neque opinione sed natura constitutum esse ius*[166]. O direito deriva do princípio de sociabilidade: a natureza nos criou para participarmos uns com os outros e para pormos o direito em comum entre todos nós: *sequitur igitur ad participandum alium cum alio communicandumque inter omnes ius natura esse factos*[167]. Pois a quem a razão foi dada pela natureza, a estes também foi dada a justa razão; portanto, a lei, que é a justa razão quando ordena ou proíbe: *quibus enim ratio a natura data est, isdem etiam recta ratio data est; ergo et lexx, quae est recta ratio in iubendo et vetando*[168].

Os textos de Cícero acima transcritos demonstram que, em seu ensinamento, *principium* tem por função fundamentar uma ciência ou uma instituição, mas não designa aquilo que estrutura um conjunto organizado (sistema). Por outro lado, Cícero entende que é no íntimo da filosofia que se deve buscar o conhecimento do direito e não no édito do pretor ou na lei das doze tábuas (ou seja, no direito tal como existe): *non ergo a prastoris edicto, ut plerique nunc, neque a duodecim tabullis, ut superiores, sed penitus ex intima philosophia hauriendam iuris disciplinam putas?*[169]

8.2 Praeceptum (a).

Em sentido não especificamente jurídico, *praeceptum* designa de modo geral aquilo que ocupa o primeiro lugar, o que vem primeiro, de acordo com a etimologia (*prae*, antes, na frente, com sentido de preferência, anterioridade + *capere*, tomar). Deste primeiro sentido decorre um segundo: são preceitos os fundamentos de uma doutrina, de um pensamento. Cícero, por exemplo, salienta que o convívio com os filósofos dá a oportunidade de se instruir com os seus preceitos e sua doutrina: *abundare oportet praeceptis institutisque philosophiae*[170]. É ainda Cícero quem afirma que os preceitos dos retores devem ser observados na conversação: *contentionis praecepta rhetorum sunt*[171].

---

[163] Id., ib.
[164] Id., II, 5, 13.
[165] Id., I, 6, 20.
[166] Id., I, 10, 28.
[167] Id., I, 12, 33.
[168] Id., ib.
[169] Id., I, 5, 17.
[170] CÍCERO. *De Officiis*, I, 1, 1.
[171] Id., I, 37, 132.

Esses ensinamentos podem ser considerados como um modelo de ação: *quod positum est in praeceptis, quibus in omnes partes usus vitae conformari possit* (regras às quais devemos a cada instante nos conformar), como diz Cícero[172].

Na linguagem jurídica, o termo conserva esses significados, como se vê nas Instituições de Justiniano, que explicam, depois de fixar a noção de direito público (*quod ad statum rei publicae spectat*) e de direito privado (*quod ad singulorum utilitatem pertinet*), que este último é tirado dos preceitos do direito natural, do direito das gentes e do direito próprio de cada cidade: *dicendum est igitur de iure privato, quod tripertitum est: collectum est enim ex naturalibus praceptis aut gentium aut civilibus*[173].

Em outra passagem, as Instituições assimilam *praeceptum* à lei: no que concerne ao casamento, precisam que justas núpcias são aquelas contraídas entre cidadãos romanos que se unem na conformidade dos preceitos, das regras estabelecidas pelas leis: *iustas autem nuptias inter se cives romani contrahunt, qui secundum praecepta legum coeunt*[174].

Muitas vezes, o vocábulo *praeceptum* assume o significado de comando, ordem ou injunção. Neste caso, a força imperativa de *praeceptum* não sofre contestação. É o caso de inúmeras constituições coligidas no Código de Justiniano, nas quais o termo contém a ordem ou comando imperativo dirigido pelo imperador a um subordinado, a decisão ou deliberação tomada pelo soberano e que ele ordena seja aplicada. A título de exemplos, entre muitos outros podem ser lembrados: *ex praecpto nostro competenter observet*[175]; *ut praecepta nostra contemnat*[176]; *praeceptus est imminere*[177].

Outro emprego do termo, na expressão *praecepta iuris*, suscita debates. Um dos primeiros fragmentos do Digesto[178], reproduzido nas Instituições de Justiniano[179], indica que os preceitos do direito (*praecepta iuris*) são os seguintes: viver honestamente (*honeste vivere*), não lesar outrem (*alterum non laedere*) e atribuir a cada um o que lhe é devido (*suum cuique tribuere*). Os dois primeiros preceitos aplicam-se a todos os compartimentos da vida e do comércio jurídico, enquanto o terceiro parece aludir à prática judiciária.

Como traduzir a expressão *iuris praecepta*? Pode dizer-se que se trata de preceitos jurídicos, vale dizer, de natureza jurídica, integrados no direito, impondo-se ao juiz ou ao intérprete de maneira imperativa? Ou, pelo contrário, deve-se traduzir por preceitos do direito, ou seja, ensinamentos situados fora do direito, mas que inspiram sua compreensão?

Uma provável resposta poderia considerar os três preceitos como de caráter extrajurídico, de origem filosófica ou moral. Como esclarece Matos Peixoto, é a moral e não o direito que recomenda o ato honesto; deve-se,

[172] Id., I, 3, 7.
[173] Id., 1, *de iustitia et iure*, § 4.
[174] Id., I, 10, pr.
[175] C. I, 28, 2.
[176] C. I, 40, 6.
[177] C. I, 40, 10.
[178] D. 1, 1, *de iustitia et iure*, 10, § 1 (Ulpiano).
[179] I, 1, de *iustitia et iure*, § 3.

porém, não esquecer que os romanos não faziam distinção nítida entre essas duas disciplinas[180]. Cabe aduzir, ainda que, segundo o próprio Digesto, *non omne quod licet honestum est*: nem tudo que é lícito é honesto[181]. Cícero vê em *non alterum nocere* um dos fundamentos da justiça, mas não do direito: *referri enim decet ad ea, quae posui principio, fundamenta iustitiae: primum, ut ne cui noceatur; deinde, ut communi utilitati serviatur*. Ou seja: devemos guiar-nos pelos princípios fundamentais da justiça, que eu enumerei no começo: primeiro, não causar dano a ninguém; depois, servir ao interesse da comunidade[182].

Como quer que seja, não é possível afirmar, quanto a esses preceitos, sua juridicização. São modelos de conduta, mas não fazem parte do direito positivo. Por exemplo, o *honeste vivere* só pode ser acolhido na prática jurídica por meio de noções que, estas sim, têm valor jurídico: *bona fides, benignitas, humanitas*. Vale observar que os juristas romanos não fundamentam a responsabilidade por inexecução do contrato em qualquer dos citados *praecepta iuris* (por exemplo: *alterum non laedere* ou *suum cuique tribuere*). Eles baseiam essa responsabilidade em noções jurídicas, como a boa-fé: não ultrapassam os limites do direito para legitimar uma noção jurídica por meio de um preceito extrajurídico.

As traduções jurídicas desses preceitos não lhes garantem plena expansão no campo do direito. O *neminem laedere*, por exemplo, não fomenta uma norma jurídica geral que obrigue o causador de um dano a ressarci-lo. O *suum cuique tribuere*, igualmente, não se presta a justificar uma técnica geral de rescisão do contrato por lesão. São, em face do direito, como que elefantes sem tromba.

8.3 Regula e regula iuris

No direito romano, há distinção entre *regula* e *regula iuris*.

Empregado isoladamente, o termo *regula* significa, em primeiro lugar, uma solução jurisprudencial. As *responsa prudentium* são fontes do direito, relacionadas nas Instituições de Justiniano[183], mas são doutrinas não são normas absolutamente imperativas. Por tal motivo, as Instituições falam de *sententiae et opiniones*[184].

Em segundo lugar, *regula* não designa um princípio dotado de alto grau de generalidade, mas o conteúdo de uma lei ou de uma disposição cujo cumprimento é ordenado, por exemplo, em uma constituição de Teodósio: *si legis istius regulas*[185]; em outra constituição: *providentissimae legis igualas excusare debebit*[186].

Ao lado da *regula* – disposição jurídica, o direito romano conhece as regras denominadas *regulae iuris* – regras de direito ou do direito. Os juristas clássicos adotam essa nomenclatura para designar o que aos olhos de hoje

[180] PEIXOTO, José Carlos de Matos. *Curso de Direito Romano*, cit., p. 177.
[181] D. 50, 17, *de diversis regulis iuris antiqui*, 144 (Paulo).
[182] CÍCERO. *De Oficiis*, I, 10, 31.
[183] I. 2, *de iure naturali, gentium et civili*, § 3.
[184] Id., § 8.
[185] C. 2, 7, *de advocatis diversorum iudiciorum*, 6.
[186] C. 1, 2, *de sacrosanctis ecclesiis*, 10.

poderiam constituir verdadeiros princípios aplicáveis ao conjunto do direito ou um ramo deste, produzindo consequências práticas. Por exemplo, o princípio *ex nudo pacto actio non nascitur* é uma expressão do formalismo contratual romano. Outro exemplo pode ser lembrado, a respeito de legados: *huic proxima est illa iuris regula, falsa demonstratione legatum non pereni*[187]. Ainda outra, sobre testamento: *subtili iuris regulae*[188]. Nas Instituições de Gaio também se lê a expressão *iuris civilis regulam*[189].

Numerosos juristas clássicos escreveram obras consagradas às regras, bastando lembrar, de Ulpiano, os *Fragmenta libri regularum singularis*, conhecidos como Regras de Ulpiano, além das obras citadas no livro 50 do Digesto: Scaevola[190], Modestino[191], bem como o mesmo Ulpiano[192]. O último título do último livro do Digesto é intitulado de *diversis regulis iuris antiqui*.

Ao contrário do que sucede com *principium* e *praeceptum*, o termo *regula* é objeto de definição por um jurista romano. Paulo, logo no fragmento que abre o título 17 do livro 50 do Digesto, escreve: *regula est, quae rem, quae est, breviter enarrat*. A regra é a explicação, descrição ou comentário exposto brevemente de uma coisa. Paulo continua: por meio da regra, trata-se de formular uma breve exposição das questões: *per regulam igitur brevis rerum narratio traditur*, o que demonstra a vinculação entre a regra e o caso. Acrescenta Paulo que não se tira o direito da regra, mas a regra deve ser formulada a partir do direito tal qual é: *non ut ex regula ius sumatur sed ex iure, quod est, regula fiat*[193]. Segundo Paulo, não convém aplicar cegamente uma regra geral ao caso particular. A atividade do jurista deve consistir em apreciar com minúcia o caso que lhe é submetido e, a partir desta solução – *ius* –, tirar a regra. Nesta fórmula, *ius* designa menos o direito do que a solução dada ao caso[194].

9 Conclusão

Segundo o entendimento de Ch. Perelman, as regras formuladas no Digesto, livro 50, título 17, *de diversis regulis iuris antiqui*, não enunciam princípios jurídicos. Algumas delas representam simples máximas.

Citando W. J. Ganshof van der Meersch, afirma o jurista belga que as máximas jurídicas, também denominadas adágios ou brocardos, são os provérbios do direito. A seu ver, essas fórmulas concisas, breves sínteses resultantes da experiência e da tradição, têm crédito por serem antigas e apresentarem forma lapidar. Do ponto de vista da forma, são fórmulas brilhantes, concisas e convincentes. Quanto ao fundo, exprimem verdades

[187] I. 2, 20, *de legatis*, 30.
[188] D. 28, 2, *de liberis et posthumis heredibus instituendis*, 13 (Juliano).
[189] GAIO. *Instituições*, II, 114.
[190] D. 50, 4, *de numeribus et honoribus*, 5.
[191] D. 50, 7, *de legationibus*, 15 e 16.
[192] D. 50, 16, *de verborum significatione*, 213.
[193] D. 50, 17, *de diversis regulis suris antiqui*, 1.
[194] DE ROUSSIN, David. *Le droit romain a-t-il connu des principes? Sur les significations (possibles) de principia, praecepta et regulae iuris*. In CAUDAUL, Sylvie (sous la dir.). Les principes en droit, Paris: Economica, 2008, p. 127 e segs.

de ordem geral, que não levam em conta as exceções e ignoram a evolução do direito. Grande número de máximas são incompletas, geralmente dúbias, algumas incorretas, em certos casos abertamente contrárias à lei. Dão azo a uma doutrina anônima e imemorial, mas são estranhas ao direito positivo.

Diferem, portanto, por sua própria natureza, dos princípios jurídicos, mas expressam pontos de vista consagrados pela tradição jurídica. Não devem ser, em consequência, descartados pela doutrina atual, na tentativa de conciliar a fidelidade ao sistema com caráter razoável e aceitável da decisão. Sua importância está em fornecer argumentos que permitem evitar soluções injustas ou desarrazoadas, já que, nesta hipótese, afastam-se de considerações que aquelas máximas sintetizam e que se integram em uma visão global do direito como *ars aequi et boni*[195].

É fora de dúvida que o direito romano jamais se ocupou da distinção entre regra, norma, standard ou tópico e que manifestava propensão a desconhecer as fronteiras que a moderna teoria do direito estabelece entre fato e valor, entre o que é (falso ou verdadeiro) e o que deve ser. Entretanto, releva acentuar que não é estranha ao espírito do direito romano (infenso ao positivismo jurídico, tal como hoje o entendemos e como se lê no fragmento de Michel Villey, citado como epígrafe deste estudo) a concepção de princípios jurídicos em sentido normativo. Seria inútil a tentativa de nele encontrar princípios em sentido ontológico (descrição de um objeto ou de uma forma do conhecimento própria da filosofia) ou em sentido lógico (axiomas ou sistema de normas ou regras construído pela razão, extraído da ciência do direito). Mas não seria injurídico afirmar a existência de princípios com caráter de norma jurídica, prescrevendo um dever-ser (ponto de vista normativo, emanado apenas do Direito).

Em muitas das *regulae iuris* relacionadas no título 17 do livro 50 do Digesto encontram-se enunciados aos quais pode ser atribuído caráter princípiológico, porque resultam de raciocínio abstrato, não extraído *ex nihilo*, mas que, pelo contrário, encontram apoio em soluções casuísticas próximas uma das outras. São eles fruto de acumulação e de sedimentação de soluções repetidas, das quais é extraído, por decantação, o essencial, daí seu caráter sintético e lapidar. Trata-se de proposições de natureza verdadeiramente jurídica, como, por exemplo, a regra *res iudicata pro veritate acciptur*[196]. O que, em certos casos, poderia parecer um truísmo, uma verdade evidente, é, na realidade, uma construção intelectual consciente e útil, como na regra *quod initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere*[197] ou, em outra formulação, *quae ab initio inutilis fuit institutio, ex postfacto convalescere non potest*[198]; o que não é válido no começo, não o será com o correr do tempo. O mesmo se pode dizer da regra *in toto et pars continetur*[199]: o todo abrange a parte.

As *regulae iuris* obedecem a um tipo de raciocínio racional e são elaboradas com determinada finalidade: esclarecer e fixar o sentido e a

[195] PERELMAN, Ch. *Logique juridique - nouvelle rhétorique*, 2ª ed., Paris: Dalloz, 1979, p. 86-87.
[196] D. 50, 17, 207 - Ulpiano.
[197] D. 50, 17, 29 - Paulo.
[198] D. 50, 17, 210 - Ulpiano.
[199] D. 50, 17, 113 - Gaio.

aplicação das normas jurídicas. É fora de dúvida que numerosas *regulae iuris* estabelecem, na realidade, programas de ação, como a fórmula pretoriana *pacta sunt servanda*, a *regula libertas inestimabilis res est*[200], da qual se aproxima a regra que declara *libertas omnibus rebus favorabilior est*[201]: a liberdade é uma coisa inestimável; a liberdade é a mais valiosa entre todas as coisas. Quando o Digesto dispõe que *iura sanguinis nullo iure civile dirimi possunt*[202] – o direito civil não pode derrogar o direito de sangue, faz uma promessa que incumbe ao juiz executar, embora não diga como fazê-lo. A regra segundo a qual, no dizer de Modestino, deve-se sempre considerar nos casamentos não somente o que é permitido mas também o que é honesto: *semper in coniunctionibus non solum quid liceat considerandum est, sed et quid honestum est*[203] sem dúvida endereça ao juiz uma indicação geral, talvez com o intuito de concretizar um dos preceitos do direito: *honeste vivere*. Outros fragmentos do Digesto ilustram essa ideia, como, por exemplo, *nemo de domo sua extrahi debet*: ninguém deve ser tirado de sua casa[204], formulado como regra geral, resultado da redução do fragmento *sed etsi is qui domi est interdum vocari in ius potest, tamen de domo sua extrahi debet*[205] – embora em certos casos alguém possa ser citado em casa para comparecer em juízo, todavia ninguém deve ser tirado de sua casa.

Numerosas *regulae iuris* têm caráter programático, como, por exemplo, *nemo ex suo delicto meliorem suam condicionem facere potest* – a ninguém é dado melhorar sua condição com a prática de um delito[206]; *nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse haberet* – ninguém pode transferir a outrem mais direitos do que ele próprio tem[207], regra que serve para reger os casos de aquisição *a non domino; nemo videtur fraudare eos, qui sciunt et consentiunt* – ninguém parece fraudar os que sabem e consentem[208]. Dessas regras, pode o juiz retirar consequências práticas nas diversas situações submetidas a sua apreciação.

Quando Paulo afirma que *nemo damnum facit, nisi qui id fecit, quod facere ius non habet*[209], recomenda ao juiz que, ao decidir o conflito, verifique se aquele cujo ato produziu consequências danosas agiu de maneira juridicamente justificável. Sem dúvida, ver na regra jurídica um programa que incumbe ao intérprete pôr em prática equivale a considerá-la um modelo, apto a conduzi-lo na busca da melhor solução para o caso submetido ao seu julgamento.

Algumas *regulae iuris* atuam como indicativos na interpretação dos atos jurídicos, guido a mão do juiz em sua tarefa judicante : *in re danbia benigniorem interpretationem sequi non minus iustius este quam tutius* – em matéria duvidosa, não só é mais justo como também mais seguro adotar o que é mais benigo[210].

[200] D. 50, 17, 106 – Paulo.
[201] D. 50, 17, 122 – Gaio.
[202] D. 50, 17, 8 – Pompônio.
[203] D. 50, 17, 197 – Modestino.
[204] D. 50, 17, 103 – Paulo.
[205] D. 2, 4, 21 – Paulo.
[206] D. 50, 17, 134, § 1 – Ulpiano.
[207] D. 50, 17, 54 – Ulpiano.
[208] D. 50, 17, 145 – Ulpiano.
[209] D. 50, 17, 151 – Paulo.
[210] D. 50, 17 , 192, § 2 – Marcelo.

Ulpiano ensina que, sempre, as cláusulas obscuras se interpretam *a minima*: *sempre in obscuris quod minimum est sequimur*[211], no que é seguido por Modestino: *expressa nocent, non expressa non nocent* – as coisas expressas prejudicam, as não expressas, não[212]. Segundo Paulo, em causa igual, o possuidor deve ter preferência: *in pari causa possessor potior haberi debet*[213].

É nessa linha de raciocínio que Cícero emprega a palavra *regula*, para designar um modelo de ação propósito da moral e da utilidade, pois, ambas devem submeter-se à mesma regra: *atqui in talibus rebus aliud utile interdum, aliud honestum videri solet. Falso: nam eadem utilitatis quae honestitatis est regula* (em tal caso, parece que a moral esteja de um lado, o interesse em outro. Errado: a regra é a mesma para os dois)[214]. Ou seja: a moral e o interesse (utilidade) devem submeter-se à mesma *regula*, ao mesmo modelo de comportamento, de sorte que não se deve considerar separadamente o bem e a vantagem, salvo para abrir caminho para a fraude e a desonestidade.

Tais *regulae iuris* têm existência secular: no decurso do tempo, elas se fixam, passam de uma geração de autores a outra, adquirem antiguidade e força persuasiva, são aceitas por todos, pacificamente. Em certos casos, elas são qualificadas como regras constantes, caracterizadas por sua generalidade e certeza, como sucede a propósito das ações penais, com a regra constante das Institutas de Gaio[215] assim como das Institutes de Justiniano[216] tida por *certissima*: o superlativo revela o valor obrigatório e normativo da regra: *est enim certissima regulae*. O princípio *ex nudo pacto*, que remonta à época clássica, é referido por inúmeras constituições imperiais, citando-se, como exemplos, a dos imperadores Diocleciano e Maximiano[217] e a dos imperadores Severo e Antonino[218]. O princípio que veda a retroeficácia da lei acha-se claramente enunciado por Teodósio e Valentiniano: *leges et constitutiones futuris certum est dare formam negotts, non ad facta praeterita revocari, nisi nominatim etiam de praeterito tempore et adhuc pendentibus negotiis cautum est* – é certo que as leis e as constituições dão forma aos negócios futuros e não retrocedem aos fatos passados, a menos que disponham expressamente sobre o tempo pretérito e negócios ainda pendentes[219]. Gaio ensina que, além das leis *stricto sensu*, é necessário que o contrato observe, de maneira mais geral, as regras do direito civil, ou seja, as *iuris civilis regulae: contra iuris regulae pacta conventa non habentur* – não são válidos os pactos convencionados contra as regras de direito civil[220]. Teodósio e Valentiniano dispõem que age contra a lei aquele que, atendo-se demais aos seus termos, procura destruir seu espírito: *non dubium est in legem comittere eum qui verba legis amplexus, contra legis nititur voluntatem* –

[211] D. 50, 17, 9 – Ulpiano.
[212] D. 50, 17, 195 – Modestino.
[213] D. 17, 128 – Paulo.
[214] CÍCERO. *De Oficiis*, III, 18, 74.
[215] GAIO. *Institutas*, IV, 112.
[216] JUSTINIANO. *Institutas*, IV, 12, § 1.
[217] C. 4, 65, 27.
[218] C. 5, 14, 1.
[219] C. 1, 14, 7.
[220] D. 2, 14, 28 – Gaio.

sem dúvida transgride a lei quem, apoiando-se nas palavras da lei, esforça-se contra o espírito da lei[221]. De conformidade com os antigos princípios jurídicos, os imperadores ordenam igualmente que sejam tidos por inválidos os pactos celebrados contrariamente aos bons costumes: *secundum veteres itaque regulas sancimus, omnimodo huismodi pacta, quae contra bonos mores inita sunt, repelli*[222].

Ao relacionarem as *regulae iuris* contidas no Digesto (livro 50, título 17), tinham os juristas romanos o propósito de formular princípios atos a se inscreverem em um sistema jurídico completo e ordenado? Seguramente, não. Cícero tentou redigir um tratado de direito civil metodicamente organizado, projeto que, a crer em Quintiliano e Aulo Gélio, chegou a executar em parte. Diz ele: *... ius civile, quod nunc diffusum et dissupatum esset, in certa genera coacturum et ad artem facilem redacturum* – reunir os elementos do direito civil, atualmente esparsos e disseminados, classificá-los em categorias determinadas e formar um sistema fácil e claro[223]. Não logrou ele, porém, tornar realidade essa ideia, nem ele nem qualquer dos juristas romanos.

Não obstante, a relação dos *praecepta* e das *regulae iuris* pode dar ensejo à formação de um conjunto construído e ordenado, que teria por finalidade instaurar o reinado dos valores éticos dos bons pais de família (*boni viri*) e da equidade (*aequitas*), vale dizer, o equilíbrio nas relações jurídicas, como expressou Celso, no começo do século II de nossa era, em sua famosa síntese: *ius est ars boni et aqui*, na qual se pode lobrigar em *ars* o significado de um todo formado de partes logicamente coordenadas. Em certos contextos, *ars* indica um corpo de doutrina, um sistema (como no texto de Cícero acima citado, no qual *ars* – em acusativo, *artem* – é traduzido por sistema). Na fórmula de Celso, *ars* significa realização prática e, em consequência, o direito é a realização prática do bem comum (*bonum*) e da distribuição da justiça (*aequm*)[224]. Explica-se: para os romanos, não era a ação que protegia o direito, mas o inverso: a *actio* dava vida ao direito. Tendo em vista o aspecto processual, era natural que o direito romano visse no direito uma realização prática – *ars*.

É certo que as *regulae iuris* não tinham o mesmo alcance nem exerciam idênticas funções. Nem todas elas foram formuladas como proposições normativas. Na verdade, não podem ser reunidas num grupo homogêneo. Elas se classificam em três categorias: 1ª – proposições explicativas, que têm por finalidade eliminar as divergências doutrinárias e judiciais como que fixando uma interpretação autêntica; 2ª – diretivas endereçadas ao juiz para orientá-lo na tarefa de decidir os casos submetidos à sua apreciação (portanto, mais cogentes do que os três *praecepta iuris* de Ulpiano e das Institutas, que têm caráter pré-normativo); 3ª – verdadeiras normas positivas (imperativas ou supletivas). As últimas, por serem abstratas por sua generalidade, podem, de certa forma, ser assimiladas a princípios jurídicos, tais como os entendemos na atualidade, embora a noção de princípio, neste sentido, seja estranha ao direito romano.

[221] C. 1, 14, 5.
[222] C. 2, 30, 3.
[223] CÍCERO. *De Oratore*, II, 33, 142.
[224] MATOS PEIXOTO, José Carlos de. *Curso de Direito romano*, cit., p. 176.

IMPERADORES DA INFORMAÇÃO: PODER E CENSURA NA INTERNET.

BÁRBARA NASCIMENTO*

Sumário: 1 Introdução. 2 Premissas jurídicas. 3 Donos do conteúdo e censura pelo *software*. 4 Donos da estrutura física e censura pelo *hardware*. 5 Conclusão. 6 Bibliografia.

1 Introdução

O que acontece se um provedor de acesso bloquear determinados sites sem que isso seja explicitado aos seus usuários ou se um mecanismo de busca que todos acreditam que seja neutro, começar a retornar resultados direcionados?

Afirma-se com frequência que a internet é livre de entidades controladoras. Em que pese isso ser verdade com relação à estrutura ideal da rede, pois diferentemente das mídias tradicionais, como a imprensa ou a televisão, a internet não possui um ponto central de controle da informação, a prática não equivale à teoria.

O objetivo da presente pesquisa é analisar até que ponto, dada a estrutura descentralizada e em rede da internet, é possível falar que ela possui agentes capazes de controlar a circulação da informação nela. Pretende-se demonstrar que a rede mundial de computadores não é livre de donos e que seus proprietários são aqueles que possuem poder de ingerência sobre o funcionamento físico do sistema ou sobre o fluxo de dados. No mundo atual, eles seriam a Apple, a Amazon, o Facebook, o Google, a Microsoft e os operadores de *backbone*.

O problema que advém dessa constatação é que a posição desses agentes dará, a cada um deles, a capacidade de censurar a rede, em maior ou menor medida, podendo configurar uma violação ao direito de acesso à internet.

Não se pretende ponderar, caso a caso, quando o direito à liberdade de expressão do particular ou seu direito de acesso à internet preponderariam em detrimento da liberdade do agente privado. Ou seja, não se pretende analisar se pais podem censurar a internet de filhos, empresas de empregados ou escolas de alunos, por exemplo, mas sim analisar o poder de censura daqueles que dominam a rede em si.

Também não se pretende discutir, neste momento, os recursos que os governos podem utilizar para censurar a internet: o foco é em agentes econômicos privados.

* Mestre em Teoria e Filosofia do Direito pela UERJ. Promotora de Justiça Substituta do MPRJ.

Além disso, como afirma Jorge Reis Novais, no mundo dos direitos fundamentais, a explicitação do conflito é o primeiro pressuposto para a realização de uma ponderação constitucionalmente adequada. Em outras palavras, o conflito de interesses deve ser exposto da forma mais transparente possível para que o intérprete e aplicador da lei possa solucionar casos difíceis pela ponderação, de forma intersubjetivamente controlável segundo os princípios constitucionais.[1]

Por fim, parte-se da premissa de que tanto a censura pelo *hardware* como a censura pelo *software* podem levar ou ao bloqueio de conteúdos específicos na internet ou ao bloqueio do acesso à internet como um todo.

2 Premissas jurídicas.

A Lei 12.965/2014, o chamado Marco Civil da Internet, em seus artigos 4º, I, e 8º, positivou expressamente no ordenamento brasileiro o direito de acesso à internet.[2] Defende-se que o conteúdo de tal direito inclui duas dimensões: o acesso à infraestrutura física necessária à conexão e o acesso ao conteúdo disponível na rede.

Esse direito de acesso à internet está diretamente ligado à liberdade de expressão, como reconhecido pelo referido artigo 8º[3]. Entende-se tradicionalmente que a liberdade de expressão é um direito que enseja prestações negativas do Estado. Ou seja, a vedação à censura dirige-se, em regra, ao poder público, o qual deve abster-se de interferir nas manifestações lícitas dos indivíduos.[4]

Contudo, atualmente, não se nega a possibilidade de ser reconhecida a eficácia horizontal da liberdade de expressão. E essa possibilidade cresce à medida que o uso da internet cresce. Explica-se: na internet, não é o Estado que tem se mostrado o principal agente silenciador das manifestações de pensamento, mas sim os agentes privados. A voz que o cidadão tem na internet é uma voz, em regra, mediada. Mediada pelo seu aparelho de comunicação (*desktop*, *notebook*, *tablet*, aparelho celular, videogame, televisão, roteador, etc.), pelo seu serviço de acesso à internet e pelos serviços virtuais que o indivíduo usa para expor uma ideia (Facebook, Twitter, *blog*, o servidor no qual ele hospeda seu próprio *site*, etc.), dentre outros. Todos esses são, em regra, produtos ou serviços oferecidos por agentes privados.

Apenas para exemplificar, o indivíduo pode utilizar um MacBook e se conectar à internet pelo provedor Net Vírtua para utilizar o Twitter e expor suas ideias para o mundo virtual. Todos esses agentes privados citados possuem, cada qual, o poder de censurar aspectos da liberdade de expressão desse indivíduo, como será demonstrado adiante. Mas o que é importante ressaltar

[1] NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais*: Trunfos contra a maioria. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p. 25.

[2] Defendo, em obra específica (NASCIMENTO, Bárbara Luiza Coutinho do. *O Direito Humano de Acesso à Internet:* fundamentos, conteúdo e exigibilidade. Amazon, Ebook Kindle, 2013.), que esse direito deve receber o status de direito humano, pelos fundamentos lá apresentados. Para o estudo desenvolvido no presente artigo, contudo, essa questão não será tratada.

[3] Art. 8º - A garantia do direito à privacidade e à liberdade de expressão nas comunicações é condição para o pleno exercício do direito de acesso à internet.

[4] MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 362.

neste ponto é que, como em qualquer incidência de direitos fundamentais em relações privadas, os interesses envolvidos nesses casos também precisarão ser ponderados quando se tratar de eficácia horizontal da liberdade de expressão.

Assim, saber qual é o limite da liberdade individual na internet dependerá do caso concreto. Não é o objetivo desta pesquisa, repita-se, ponderar cada caso, mas sim desmistificar a crença de que a internet não tem agentes controladores. Pelo contrário, ela tem e eles são capazes de realizar uma censura em larga escala desse meio de comunicação. A partir do momento em que esse potencial de censura é revelado, fica claro que esses agentes são capazes de violar o direito de acesso à internet do indivíduo e essa informação passa a integrar a ponderação.

3 Donos do conteúdo e censura pelo *software*.

Apesar de a internet ser composta por incontáveis *websites*, poucos controlam a maior parte do fluxo da rede, constituindo verdadeiros nódulos centrais, essenciais para o fluxo de dados *online*.[5] Em 8 de outubro de 2012, o site Alexa[6], que faz constantes medições, indicava que o Google era o *site* mais visitado do mundo, seguido pelo Facebook, Youtube, Yahoo!, Baidu, Wikipédia, Windows live, Twiter, qq.com e Amazon, todos originalmente norte-americanos, à exceção do Baidu e do qq.com, que são chineses.

Vania Baldi, atento para a questão do controle do fluxo da informação na rede, afirma que a internet possui quatro "proprietários": Amazon, Apple, Facebook e Google.[7] A razão pela qual ele indica esses agentes é facilmente identificável.

O Facebook é, atualmente, a rede social dominante. Em 14 de setembro de 2012, ele informou ter alcançado a marca de 1 bilhão de usuários ativos no mês.[8] Apesar da empresa estar enfrentando dificuldades para provar a seus investidores que é capaz de gerar lucro[9], talvez o verdadeiro poder do Facebook resida no fato de ele ser um grande arquivo de fichas pessoais, com fotos, vídeos, comentários públicos, trocas de mensagens privadas, divulgação de preferências individuais, etc. É por essa razão que Evgeny Morozov afirma que databases são melhores do que oficiais da *Stasi* para adquirir informações sobre as pessoas.[10]

O Google revolucionou a forma como pesquisas são feitas na internet. Sua interface simples e o visual limpo facilitaram a busca para usuários inexperientes. Além disso, o *site* não aceitava dinheiro para promover alguns *links* à frente de outros[11]: originalmente, a ordem dos resultados era

[5] GUADAMUZ, Andrés. *Networks, Complexity and Internet Regulation*: Scale-Free Law. Cheltenham: Edward Elgar, 2011. p. 76.

[6] Estatística disponível em: <http://www.alexa.com/topsites>. Acesso em 8 out. 2012.

[7] BALDI, Vania. *Ideologia 2.0*: entre memória exteriorizada e exploração digital. Original cedido pelo autor.

[8] FOWLER, Geoffrey A., *Facebook: one billion and counting*. Disponível em: <http://online.wsj.com/article/SB10000872396390443635404578036164027386112.html>. Acesso em: 5 out. 2012.

[9] SCHNEIDER, Joe. *Facebook Investor IPO Lawsuits Sent to New York Judge*. Disponível em:<http://www.bloomberg.com/news/2012-10-05/facebook-investor-ipo-lawsuits-sent-to-new-york-judge.html>. Acesso em 5 out 2012.

[10] MOROZOV, Evgeny. *The Net Delusion:* The Dark Side of Internet Freedom. New York: Public Affairs, 2011. p. 148-149.

[11] VAIDHYANATHAN, Siva. *The Googlization of Everything*: and why we should worry. California:

determinada pela popularidade deles. O sucesso pode ser facilmente visto nos números: em 2009 ele já processava mais de 1 bilhão de pedidos de busca todos os dias[12] e no período de setembro de 2011 a setembro de 2012, foi responsável por 91,4% do mercado de buscas na internet[13].

Note-se que sem os mecanismos de busca, a internet perderia muito de seu potencial. Sem a indexação que eles promovem, seria muito difícil encontrar uma informação específica no meio de todas as páginas da rede.

A Amazon é a principal loja virtual. Se a internet fosse um *shopping*, ela seria a loja âncora. Uma pesquisa divulgada no ano de 2012 estimou que 30% de todos os compradores *online* começam suas buscas pelo *site*, que ele é responsável por 19% da renda do *ecommerce* norte-americano e que 86% dos norte-americanos que já compraram algo *online*, compraram na Amazon.[14]

Já a Apple se apresenta como um caso único. Ela controla uma significativa parte do mercado de *hardware* e se vale desse fato para controlar também o mercado de *software*, não dando ao usuário muita liberdade para optar por aplicativos de outros desenvolvedores. Os sistemas operacionais desenvolvidos pela Apple apenas funcionam em computadores da Macintosh e são os únicos que funcionam neles, sendo que o mesmo é válido para os celulares e *tablets*. É como se o usuário comprasse um aparelho de DVD que apenas pudesse ler discos do próprio fabricante do aparelho e esses discos não pudessem ser lidos em aparelhos de outros fabricantes.

Devido ao enorme sucesso conquistado por aparelhos como o iPod, iPad, iPhone e MacBook, em março de 2010, ela superou a Microsoft e passou a ser a maior companhia de tecnologia no mundo, avaliada em mais de 240 bilhões de dólares.[15]

Mas em que pese a afirmação de Baldi ser pertinente, ela se limita aos proprietários do conteúdo virtual da rede, com exceção da Apple. A essa categoria podem ser agregadas outras duas: os proprietários da estrutura física, que são os mais fortes agentes desse mercado e serão estudados no próximo tópico, e os proprietários dos sistemas operacionais. Isso porque o controle do sistema operacional significa o controle do código e, nas palavras de Lessig, na internet o código é a lei.[16]

Nesse último quesito, a Microsoft permanece imbatível. As estatísticas indicam que mais de 80% dos computadores utilizam um Sistema Operacional da família Windows[17].

---

[12] , Eric. *Google unveils top political searches of 2009*. Disponível em <http://politicalticker.blogs.cnn.com/2009/12/18/google-unveils-top-political-searches-of-2009>. Acesso em 5 out. 2012.

[13] Estatística disponível em: <http://gs.statcounter.com/#search_engine-ww-monthly-201109-201209-bar>. Acesso em 5 out. 2012.

[14] DAVIS, Andrew. *Amazon Passes Google as Top Destination for Shopping Research [Report]*. Disponível em: <http://searchenginewatch.com/article/2196747/Amazon-Passes-Google-as-Top-Destination-for-Shopping-Research-Report>. Acesso em 5 out. 2012.

[15] WU, Tim. *The Master Switch*: the rise and fall of information empires. New York: Vintage Books, 2011. p. 294.

[16] LESSIG, Lawrence. *Code 2.0*. Soho Books, 2010. p. 5.

[17] Estatísticas disponíveis em: <http://www.w3schools.com/browsers/browsers_os.asp>. Acesso em 5 out. 2012.

Mas por que o controle do código é tão importante? Por que o sistema operacional é uma arma nessa guerra? Porque é o código que determina a língua que o usuário utiliza para falar com a internet e, dessa forma, as possibilidades de uso dos diversos outros *softwares*. Em outras palavras, algo que um sistema operacional não permita, um *software* não faz.

A dominação do mercado da Microsoft é diretamente responsável pela inclusão digital, pois foi a sua interface gráfica intuitiva que permitiu que usuários sem qualquer conhecimento técnico pudessem usar computadores. A família Windows, em especial após o Windows 95, facilitou a comunicação do usuário com a máquina. Diante dessa dominação do código, *hardwares* e *softwares* passaram a ser desenvolvidos para que fossem compatíveis com a família Windows, usuários e profissionais foram treinados em ambiente Windows e qualquer novo sistema operacional lançado pela Microsoft é facilmente difundido.

Se a Microsoft simplesmente saísse de cena, deixaria um buraco que não poderia ser substituído por outras companhias em curto prazo. E atualmente o sistema operacional está tão integrado à internet que a Microsoft, ao disponibilizar o Windows, já oferece ao usuário toda uma teia de serviços *online*.

Assim, ela aproveita a sua dominação do mercado de sistema operacional para dominar aspectos da internet que possam ser integrados a ele. A empresa, ao lançar o sistema operacional Windows 8, em 25 de outubro de 2012[18], apresentou como uma das principais características prometidas para o novo sistema a total integração dele a seus serviços *online*, como o Microsoft SkyDrive, um disco virtual para armazenamento e compartilhamento de arquivos, e o Xbox Live, sistema utilizado pelo Xbox 360, o principal videogame da empresa, responsável por quase 39,6% do mercado global de consoles, equivalente a mais de 68 milhões de unidades vendidas até 7/10/2012[19]. Além disso, a empresa desenvolveu total integração entre seu novo navegador, o Internet Explorer 10, e o Windows 8. Em janeiro de 2013 a Microsoft anunciou que o sistema operacional recém-lançado já havia vendido 60 milhões de cópias.[20]

Mas foi ao ser lançado para o sistema anterior, o Windows 7, que o Internet Explorer 10 dobrou seus usuários.[21] Não se pode perder de vista que apesar de já ter perdido espaço, o Internet Explorer, em suas múltiplas versões, permanece, por algumas medições, o navegador mais utilizado no mundo e, por outras, o segundo mais utilizado[22]. E é basicamente o navegador que determina os recursos disponíveis para os programadores de *sites*. Em outras palavras, se um *webmaster* desenvolve um *site* que não é compatível com o Explorer, perderá muitos visitantes. Também não se deve desconsiderar que o Windows Live, de acordo com a pesquisa supracitada, está entre os *sites* mais visitados do mundo.

[18] Windows 8 será lançado dia 25 de outubro. Disponível em: <http://tecnologia.uol.com.br/noticias/redacao/2012/09/17/microsoft-oficializa-data-de-lancamento-do-windows-8.htm>. Acesso em 6 out. 2012.

[19] Estatísticas disponíveis em <http://www.vgchartz.com>. Acesso em 7 out. 2012.

[20] DESTRO, Gustavo. *Microsoft já vendeu 60 milhões de unidades do Windows 8*. Disponível em: <http://www.noteshared.com/2013/01/microsoft-ja-vendeu-60-milhoes-de.html>. Acesso em: 6 abr. 2013.

21 BRIGHT, Peter. *Internet Explorer 10 almost doubles its users thanks to Windows 7 release*. Disponível em: <http://arstechnica.com/information-technology/2013/04/internet-explorer-10-almost-doubles-its-users-thanksto-windows-7-release/>. Acesso em: 6 abr; 2013.

[22] Estatísticas disponíveis em <http://gs.statcounter.com> e em <http://www.w3counter.com/globalstats.php>.

O poder de fato da Microsoft é tão evidente que ela já foi condenada por violar dispositivos do *Sherman Act* no caso United States v. Microsoft[23]. Ela também foi acusada pela União Europeia de constituir monopólio.[24]

Mas o certo é que todos esses agentes citados por Baldi, ou seja, Amazon, Apple, Facebook e Google, assim como a Microsoft, possuem o poder de, em alguma medida, censurar o usuário.

A Apple é duramente criticada por seus sistemas operacionais apresentarem o código fechado em um nível que o computador pessoal nunca apresentou. Alegam os críticos que os sistemas da Apple são desenvolvidos para fomentar o consumo, e não a criação. A empresa permite que terceiros desenvolvam aplicativos, mas de forma restrita: é ela que decide quais programas poderão ou não rodar no iPad e no iPhone.[25]

Os *standards* para essa decisão são, contudo, obscuros. Ela apresenta uma lista de razões, muitas delas com conteúdos subjetivos, para rejeitar aplicativos. A título de exemplo, uma dessas razões diz que a Apple pode recusar aplicativos cujo conteúdo ou comportamento ela acredite estar "além do limite", sem especificar de qual limite se trata.[26]

Frequentemente, conteúdos políticos e religiosos controvertidos são censurados, assim como charges que, segundo a empresa, ridicularizam figuras públicas[27], desconsiderando que o papel da charge é, muitas vezes, desconstruir a imagem de uma figura pública para reconstruí-la de forma cômica, porém crítica.

Por exemplo, o aplicativo para iPad de uma das maiores revistas alemães, *Stern*, foi sumariamente retirado do ar pela Apple por publicar um conteúdo erótico na revista impressa que foi, junto com todo o conteúdo da revista, disponibilizado em formato digital pelo aplicativo. O fato de o conteúdo ser permitido na Alemanha não foi considerado. A empresa também ordenou à outra revista alemã, a *Bildt*, que alterasse seu conteúdo caso quisesse continuar com seu aplicativo.[28] Resumidamente, a Apple utiliza seu controle sobre o *hardware* para controlar o que o indivíduo pode ou não fazer com ele após a venda do produto.

Além disso, o Skype e o Google Voice, dois aplicativos para realizar chamadas pela internet de graça, inicialmente sofreram bloqueio da Apple, por contrariar os interesses de sua parceira comercial, a AT&T. A Apple fundamenta seu poder de veto no direito que uma loja tem de não estocar produtos que não queira, e apenas retirou os bloqueios após a interferência da *Federal Communications Commission* (FCC).[29]

---

[23] United States v. Microsoft Corporation. Antitrust case filings. *The United States Department of Justice*. Disponível em: <http://www.justice.gov/atr/cases/ms_index.htm>. Acesso em 7 out. 2012.

[24] *Acusada de monopólio, Microsoft libera código de principais softwares*. Disponível em: <http://g1.globo.com/Noticias/Tecnologia/0,,MUL308641-6174,00-ACUSADA+DE+MONOPOLIO+MICROSOFT+LIBERA+CODIGO+DE+PRINCIPAIS+SOFTWARES.html>. Acesso em 7 out. 2012.

[25] WU, Tim. Op. cit. p. 291.

[26] Loc. cit.

[27] MacKINNON, Rebecca. *Consent of the Networked*: the worldwide struggle for internet freedom. Kindle ed., 2012. p. 126.

[28] Loc. cit.

[29] WU, Tim. Op. cit. p. 292.

Aqueles que criticam a empresa, como Tom Conlon da revista *Popular Science*, alegam que o próximo passo seria ela bloquear filmes, programas de TV, músicas, livros e sites.[30] Com base nisso, Tim Wu afirma que todos sabem o quão *user-friendly* a interface da Apple é, mas poucos percebem o quão *Hollywood-friendly* ela é ao proteger os interesses da indústria de filmes.[31]

Talvez a razão de o controle de um sistema operacional ser tão importante fique mais clara de ser visualizada no caso da Apple do que no caso da Microsoft. E o motivo é simples: a Apple se vale desse poder mais do que a Microsoft, mas isso não significa que a Microsoft não possa fazer o mesmo se quiser.

Mas o domínio da Apple não permaneceu sem rivais por muito tempo. Em 5 de novembro de 2007, o Google anunciou o lançamento do Android, um sistema operacional para celulares de código aberto, apto a ser utilizado por qualquer fabricante do aparelho. No início de 2011, ele já havia superado a venda de *smartphones* da Apple. Não se deve ser ingênuo de acreditar que o Google não tem pretensões de, ao rivalizar com a Apple, tornar o ambiente dos *smartphones* mais adaptado aos seus serviços e de seus parceiros comerciais, mas o sucesso do Android apenas reforça a ideia de que sistemas abertos sempre ganham. É por isso que o ex-CEO do Google, Eric Schmidt, afirmou que "o usuário final prefere escolha, liberdade e abertura".[32]

Contudo, o Google também não permanece imune a críticas. Ele e o Facebook destacam-se no grupo dos proprietários da internet por serem as duas empresas integralmente virtuais. Como foi dito, originalmente o Google indicava os resultados das buscas com base na popularidade dos *sites*, de forma neutra. Isso mudou em 4 de dezembro de 2009, quando ele anunciou a "busca personalizada".[33]

Pelo novo sistema, o *site* utiliza sinais, considerando elementos como o local do qual a pessoa está se conectando, o *browser* que ela está usando e o que ela pesquisou previamente, para apresentar resultados baseados na preferência do usuário. Dessa forma, duas pessoas diferentes buscando o mesmo termo encontram resultados diferentes.[34] Com isso, a prometida política de neutralidade do Google se desfez.

A empresa promete manter a privacidade do usuário e os dados indicam que até agora ela tem cumprido essa promessa, mas seu objetivo é simples: quanto mais personalizada for a experiência, mais adequados ao perfil do comprador serão os anúncios oferecidos, assim mais provável será que ele clique nesses anúncios e compre os produtos ofertados. Essa estratégia é usada não apenas pelo Google como também pela Amazon, pelo Facebook, pelo Yahoo, pelo Youtube e pelo Microsoft Live, todos *sites* com elevado número de visitantes.[35] Essa conduta, contudo, não é explicitada para o usuário e permanece fora do conhecimento da maior parte das pessoas. Além disso, muitas vezes não é dada a elas a opção de recusar a personalização e realizar uma busca neutra.

[30] Loc. cit.
[31] Ibid. p. 293.
[32] Ibid. p. 294-299.
[33] PARISER, Eli. *The Filter Bubble*: What the internet is hiding from you. New York: The Penguin Press, 2011. p. 1.
[34] Ibid. p. 2-3.
[35] Ibid. p. 7-8.

A vantagem desse método é que ele permite ao usuário encontrar as informações específicas desejadas dentro do mar de informações que a internet se tornou; o problema desse método é o que a internet não mostra: ao personalizar a busca de acordo com aquilo que o usuário já sabe, perde-se o grande benefício que a internet oferece, que é a descoberta do diferente. Troca-se o fomento do dissenso, tão caro à democracia e à política dos Direitos Humanos, pelo consenso, formador de massas acríticas.

Ressalte-se que nada impede que os referidos agentes utilizem esse método para direcionar a experiência do usuário de acordo com sua própria preferência política ou ideológica, excluindo dos resultados *sites*, vídeos ou manifestações contrárias aos interesses da empresa. E, como dito, não é porque hoje esses agentes não fazem isso que eles não possam fazer no futuro.

4 Donos da estrutura física e censura pelo *hardware*.

É possível falar em censura física do mundo virtual? Sim, e trata-se da mais poderosa. Em que pese o domínio do conteúdo que circula na internet ser importante, ele não se compara ao poder advindo do domínio da estrutura física da rede. O CEO da AT&T, Ed Whitacre, ao ser perguntado em uma entrevista sobre o quanto se preocupava com os pretensiosos da internet, como Google, MSN e Vonage, respondeu: "como você acha que eles alcançarão os consumidores? Por um tubo de banda larga." E complementou: "Companhias de cabos os têm. Nós os temos. Eles gostariam de usar meus tubos de graça, mas eu não irei deixá-los."[36]

Para aprofundar a análise do presente tópico, inicialmente é necessário apresentar uma resumida explicação de como a internet funciona:

> Quanto à sua estrutura, a Internet pode ser definida como uma rede mundial de computadores composta por redes menores, ou seja, como uma rede de redes. (...) Assim, quando o usuário se conecta ao seu provedor de internet, forma com ele uma rede. O provedor, por sua vez, se conecta a outro provedor maior, nacional ou internacional, formando com ele outra rede. Os grandes provedores fornecem a estrutura física da internet, de cabos e roteadores, chamada de *internet backbone*. Todos os provedores que estão no topo dessa hierarquia de redes se conectam, então, a Pontos de Troca de Tráfego, ou PTTs, que são comutadores ou redes centrais que viabilizam a troca de dados entre as redes diretamente conectadas ao PTT e, consequentemente, entre todos os computadores conectados a qualquer das redes interconectadas.[37]

Estima-se que no ano 2000 existiam em todo o mundo apenas 5 operadores no topo da hierarquia da rede física descrita, classificados como Tier

[36] WU, Tim. Op. cit. p. 284-285.

[37] NASCIMENTO, Bárbara Luiza Coutinho do. *Liberdade de expressão, honra e privacidade na internet:* a evolução de um conflito entre direitos fundamentais. Kindle ed. 2011.

1[38]. São eles: Cable & Wireless Worldwide, UUNet, Sprint, AT&T e Genuity, todas norte-americanas.[39] Em janeiro de 2011 estima-se que eram 13, sendo 7 norte-americanas, uma alemã, uma italiana, uma sueca, uma japonesa, uma espanhola e uma indiana.[40] Assim, se um desses poucos operadores de *backbone* parar de funcionar, grande parte da rede perderá a habilidade de se comunicar.

Note-se que apesar de haver divergência sobre o quanto uma única instalação pode ser importante para o funcionamento da internet, já que a rede é redundante, com alguns estudiosos defendendo que os *links* facilmente contornariam o buraco deixado utilizando rotas alternativas e outros afirmando que alguns setores da rede poderiam ter sua conexão interrompida ou sofrer uma queda brutal de velocidade e estabilidade[41], o fato é que problemas nos cabos submarinos afetam milhões de usuários todos os anos.

Em janeiro e fevereiro de 2008, danos a cabos submarinos no Mar Mediterrâneo causaram transtornos a 70% da rede do Egito, prejudicando 6 milhões de usuários, a 60% da rede da Índia, atingindo 60 milhões de usuários, e problemas nos Emirados Árabes Unidos, onde 1 milhão e 700 mil usuários foram prejudicados, Paquistão, onde 12 milhões de usuários foram afetados, Arábia Saudita, atingindo 4 milhões e 700 mil usuários, além de afetar usuários no Afeganistão, Bahrein, Bangladesh, Kuwait, Maldivas, Catar, e Sri Lanka. A maior parte dos serviços foi restaurada após 24 horas.[42]

Em fevereiro de 2012, um corte em um cabo submarino no leste africano demorou mais de 3 semanas para ser reparado, gerando intermitência e redução da velocidade das conexões no Quênia, Etiópia, Ruanda, Burundi, Uganda, Tanzânia, Sudão do Sul, Zâmbia e Zimbábue.[43]

Em junho de 2012, o corte de um cabo próximo a Singapura interrompeu o acesso à Internet de milhões de usuários de Bangladesh e reduziu drasticamente a velocidade dos que conseguiram permanecer conectados. Usuários privados, empresas e setores governamentais foram afetados. O país não possuía uma rota alternativa.[44]

Em 27 de agosto de 2012 foi a vez do Reino Unido sofrer. O corte de um cabo que ligava Blighty à Holanda fez com que algumas regiões da Internet ficassem inacessíveis para os usuários da O2, uma importante empresa de

[38] Redes Tier 1 são aquelas que podem alcançar todas as redes conectadas à internet sem precisar pagar a outras redes por tráfego. (BERG, Rudolph van der. *How the 'Net works:* an introduction to peering and transit. Disponível em: <http://arstechnica.com/guides/other/peering-and-transit.ars/4>. Acesso em 4 out. 2012.)

[39] ROSEMAN, D. The digital divide and the competitive behaviour of Internet backbone providers: Part 1 - issues and arguments. *Info.* v. 5, n. 5, p. 25-37, 2003.

[40] Estatísticas disponíveis em <http://as-rank.caida.org>. Acesso em 4 out. 2012.

[41] BLUM, Andrew. *Tubes*: a journey to the center of the internet. Kindle ed., 2012. p. 115.

[42] ZAIN, Asma Ali. *Cable damage hits one million Internet users in UAE.* Disponível em: <http://www.khaleejtimes.com/DisplayArticleNew.asp?section=theuae&xfile=data/theuae/2008/february/theuae_february121.xml >. Acesso em 4 out. 2012. E também: Severed cables disrupt internet. Disponível em: <http://news.bbc.co.uk/2/hi/technology/7218008.stm>. Acesso em 4 out. 2012.

[43] KABWEZA, L. S. M. *East Africa undersea cable outage enters third week.* Disponível em: <http://www.techzim.co.zw/2012/03/east-africa-undersea-cable-outage-enters-third-week>. Acesso em 4 out. 2012.

[44] *Bangladesh Internet down after submarine cable cut.* Disponível em: <http://www.channelnewsasia.com/stories/afp_asiapacific/view/1206158/1/.html>. Acesso em 4 out. 2012.

telecomunicação britânica, e sites como o do popular jogo *online World of Warcraft*, da BBC, da Amazon e do Facebook ficaram indisponíveis por mais de 24 horas.[45]

Rompimentos de cabos submarinos geralmente são gerados por terremotos, atrito com o solo marinho ou âncoras de navios.

Fora do mar, na Geórgia, em março de 2011, uma senhora de 75 anos derrubou a conexão de toda a Armênia por cerca de 5 horas quando, ao cavar procurando por cobre, danificou o cabo que conectava os dois países. Ela ganhou o apelido de *spadehacker* por esse evento. A Geórgia era responsável por prover, à época, 90% da internet da Armênia.[46]

Retomando a questão do domínio da estrutura física da rede por poucas empresas, a título de exemplo, a instalação conhecida como *NAP of the Americas*, de propriedade da empresa privada Terremark, uma subsidiária da Verizon localizada em Miami, é responsável por cerca de 95% de todo o tráfego de dados da internet entre a América do Norte e a América Latina.[47] A mesma empresa é proprietária da instalação NAP do Brasil, em São Paulo, e afirma que se trata do mais importante ponto de troca de tráfego da América Latina.[48]

É verdade que novos agentes estão ingressando no mercado, mas o que importa discutir no presente ponto é que tais agentes, que operam o *backbone* da internet, são poucos e em sua maioria privados, e bastaria que um desses agentes cortasse o serviço para que, como demonstrado, alguns usuários ou até mesmo países inteiros ficassem com a conexão muito lenta ou interrompida. Em outras palavras, ninguém é dono da internet mais do que os operadores de *backbone*. Compreender a capacidade latente deles de derrubar o sistema ou controlar o fluxo de dados é fundamental para a compreensão da distribuição de poder sobre a internet.

Reconhecendo isso, os norte-americanos, de executivos da indústria a oficiais de inteligência da C.I.A., seja por questões econômicas ou estratégicas, mostraram preocupação com a perda de importância do país no controle do fluxo de dados da rede, já que os novos operadores de *backbone* que estão surgindo são de outros países. Foi o fluxo significativo de dados pelos EUA que permitiu que a C.I.A. rastreasse inúmeros terroristas nos últimos anos.[49-50]

[45] FIVEASH, Kelly. *UK ISPs crippled by undersea cable snap*. Disponível em: <http://www.theregister.co.uk/2012/08/28/cut_underseas_cable_cripples_networks>. Acesso em 4 out. 2012.

[46] PARFITT, Tom. *Georgian woman cuts off web access to whole of Armenia*. Disponível em: <http://www.guardian.co.uk/world/2011/apr/06/georgian-woman-cuts-web-access>. Acesso em 8 out. 2012.

[47] *Long Road From Cuba: Manny Medina, CEO of Terremark (Part 4)*. Disponível em: <http://www.sramanamitra.com/2009/10/31/long-road-from-cuba-manny-medina-ceo-of-terremark-part-4>. Acesso em: 8 out. 2012.

[48] Terremark. *Fact Sheet*: NAP do Brasil. Disponível em: <http://www.terremark.com/uploadedFiles/Technology_Platform/Datacenters/South_America/TMRK_NAPdoBrasil_Gatefold_02_English_Screen.pdf>. Acesso em 3 out. 2012.

[49] MARKOFF, John. *Internet Traffic Begins to Bypass the U.S.* Disponível em: <http://www.nytimes.com/2008/08/30/business/30pipes.html>. Acesso em: 3 out. 2012.

[50] Recentemente, contudo, os EUA têm adotado medidas, com fundamento no *Patriot Act*, no *Stored Communications Act* e em outras leis, que permitem que os oficiais do governo possam juridicamente obrigar as empresas sediadas nos EUA a fornecerem dados que não estejam geograficamente hospedados nos EUA, mas que estejam hospedados em servidores internacionais de propriedade

Apesar de ser óbvio, não é demais explicitar que além de poder interromper a conexão dos usuários com a rede, o que configura censura e viola o direito de acesso à Internet, o fato de os operadores de *backbone* controlarem os cabos pelos quais os dados circulam permite que eles controlem os dados em si, se desejarem.[51]

Além de poder ser fisicamente controlada no topo da hierarquia da rede, a Internet também pode ser censurada no aparelho pessoal que o usuário final usa para se conectar. Como já tratado, cada vez mais os fabricantes de *hardware* buscam controlar o comportamento *online* do usuário após a venda e entrega do produto.

Em 28 de agosto de 2012 a Apple patenteou uma tecnologia chamada "aparatos e métodos para coação de políticas sobre um dispositivo *wireless*"[52] que permite desabilitar à distância os telefones celulares de sua fabricação (iPhones) ou recursos específicos nesses aparelhos, como as câmeras fotográficas, quando o usuário entrar em uma determinada localização geográfica. A "política" da zona, que determinará quais funções do aparelho serão habilitadas ou desabilitadas, poderia ser determinada por Governos, negócios, ou operadores de rede, por exemplo.

Alega a fabricante que em determinados locais, como cinemas, hospitais ou em reuniões, o toque ou a luminosidade excessiva dos aparelhos pode incomodar outras pessoas. Em outros locais pode não ser permitido tirar fotos e em outros, como aeroportos, o funcionamento do aparelho pode causar riscos à segurança. Assim, ao entrar em uma dessas zonas, o aparelho celular da pessoa receberia um comando para reduzir a luminosidade, desligar o *Wi-Fi*, entrar em modo vibratório, modo "soneca" ou modo "avião", dentre outras alternativas.

Note-se que ao forçar o *smartphone* a entrar em modo "soneca" ou modo "avião" retira-se também a possibilidade de ele estabelecer uma conexão com a Internet. Além disso, apesar de todos os recursos da tecnologia não serem descritos, parece que ela pode ser utilizada para bloquear pura e simplesmente a conexão de rede do aparelho, retirando a possibilidade de se conectar à Internet por *Wi-Fi* ou pelo próprio sistema de telefonia.

Em que pese reconhecer-se que em determinados locais, como presídios ou áreas específicas de aeroportos, o funcionamento de aparelhos *wireless* possa e deva ser bloqueado por questões de segurança, trata-se mais uma vez de uma questão de ponderação. É possível imaginar que empresas ou fábricas tenham interesse legítimo em bloquear o funcionamento de celulares ou das

---

dessas empresas norte-americanas, em especial a *Microsoft* e o *Google*. Para aprofundar a questão, vide: WHITTAKER, Zack. *Yes, the FBI and CIA can read your email. Here's how.* Disponível em: <http://www.zdnet.com/yes-the-fbi-and-cia-can-read-youremail-heres-how-7000007319>. Acesso em: 7 abr. 2013. LARDNER, Richard. *Not that hard for authorities toget to your email.* Disponível em: <http://finance.yahoo.com/news/not-hard-authorities-email-131531468.html>. Acesso em: 7 abr. 2013.

[51] Para uma explicação técnica de como isso é possível, vide DEIBERT, Ronald et al. *Access Denied:* the practice and policy of global internet filtering. Cambridge, Massachusetts: The MIT Press, 2008.

[52] BELL, et. al. *Apparatus and methods for enforcement of policies upon a wireless device.* United States Patent and Trademark Office. Disponível em: <http://patft.uspto.gov/netacgi/nph-Parser?Sect1=PTO2&Sect2=HITOFF&u=%2Fnetahtml%2FPTO%2Fsearch-adv.htm&r=36&p=1&f=G&l=50&d=PTXT&S1=(20120828.PD.+AND+Apple.ASNM.)&OS=ISD/20120828+AND+AN/Apple&RS=(ISD/20120828+AND+AN/Apple)>. Acesso em 8 out. 2012.

câmeras anexas, por exemplo, em áreas estratégicas. Mas em estabelecimentos abertos ao público, a situação é diferente. Assim, tem um cinema o direito de modificar a configuração do aparelho celular de uma pessoa à distância? A princípio, parece que não. Por mais incômodo que seja um celular tocar no meio de um filme, por mais que tal atitude viole regras de conduta social, não há ilícito, não há conduta contrária ao direito sendo realizada pelo particular. E ainda que houvesse, poderia o cinema, agente privado, forçar o cumprimento da lei a toda uma coletividade, interferindo no funcionamento da propriedade privada alheia? Coagir o indivíduo a se portar de acordo com uma lei que tutelasse um suposto direito a não ser incomodado no cinema? Proibir o uso de celular em uma sala de cinema é diferente de, sem o consentimento do indivíduo, alterar remotamente as configurações do aparelho.

E essa ponderação não deve ser deixada exclusivamente a cargo de agentes privados. Ao contrário, o ideal seria que existisse uma lei regulamentando-a. A proibição do uso de aparelhos celulares em bancos no Estado do Rio de Janeiro, por exemplo, veio por lei. Mesmo assim alguns a acusam de ser materialmente inconstitucional, por violar o direito de propriedade do indivíduo.[53]

É certo que nem todas as tecnologias patenteadas são, de fato, implementadas. Mas independentemente de vir a ser esta tecnologia implantada ou não, a patente indica em que tipo de tecnologia a Apple e possivelmente outros fabricantes de *hardware* ou desenvolvedores de *software* estão pesquisando para futuramente disponibilizar: aparelhos e/ou protocolos que consigam controlar outros aparelhos, limitando seus recursos ou sua capacidade de comunicação, incluindo a possibilidade de acesso à internet.

Os riscos que o mal uso de tal tecnologia pode trazer são evidentes. Governos poderiam utilizá-la para impedir manifestações populares lícitas.

A título de exemplo, em agosto de 2011, após alguns manifestantes se reunirem para protestar pacificamente em uma estação de metrô no centro da cidade de São Francisco, a polícia do BART[54] ordenou a várias operadoras de telefonia celular que cortassem o serviço naquela área, impedindo o uso do aparelho mesmo em situações de emergência, sob o argumento de que a manifestação contrariava a lei e ameaçava a segurança dos passageiros[55].

A manobra foi duramente questionada por especialistas em direitos civis e pela sociedade, gerando a reação do grupo *hacker Anonymous*, que afirmou que o "(...) *Anonymous* tentará mostrar àqueles engajados na censura, qual é a sensação de ser silenciado".[56]

---

[53] *RJ proíbe uso de celular nas agências bancárias.* Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2011-abr-07/estado-rio-janeiro-proibe-uso-celular-agencias-bancarias>. Acesso em 9 out. 2012.

[54] BART significa *Bay Area Rapid Transit*. É um serviço de transporte sobre trilhos que conecta a área da Baía de São Francisco. O BART possui o seu próprio departamento de polícia.

[55] *Police shut down San Francisco transit station after protests.* Disponível em: <http://www.msnbc.msn.com/id/44153343>. Acesso em: 9 out. 2012.

[56] *Hacker group posts names of BART site subscribers.* Disponível em: <http://www.msnbc.msn.com/id/44139412/ns/technology_and_science-security/t/hacker-group-posts-names-bart-site-subscribers>. Acesso em: 9 out. 2012.

Note-se que tal situação não ocorreu na China ou na Coreia do Norte, mas sim no centro da cidade de São Francisco, famosa por sua diversidade cultural e por ser um centro de ativismo liberal.

Mas a reação também veio do Estado. Especificamente em resposta a esse evento, em agosto de 2012 o Legislativo da Califórnia aprovou por unanimidade um projeto de lei que veda a interrupção de serviços de celular ou de internet *wireless* sem ordem judicial. Segundo o Senador Estadual Alex Padilla, já existiam leis que visavam a impedir exatamente esse tipo de ação, mas elas se limitavam ao serviço de telefonia tradicional. Portanto, uma atualização se mostrava necessária para impedir a interrupção do funcionamento de celulares ou de serviços de internet *wireless* sem ordem judicial.[57] A lei, contudo, foi vetada pelo Governador, que a devolveu ao Senado Estadual. O veto não foi apreciado.[58]

Essa explicação apenas reforça a crítica que fiz a Baldi, no sentido de que os maiores proprietários da internet são aqueles que controlam sua estrutura física. Se um *site* ou um *software* fica indisponível ou se mostra muito fechado ou controlador, quase sempre o usuário poderá optar por outros equivalentes. Quando é um operador do *backbone* que age assim, não restam muitas alternativas.

E nesse cenário em que os principais ofensores da liberdade de expressão são agentes privados, o papel histórico do Estado curiosamente se inverte, pois ele passa de violador a garantidor da liberdade de expressão em face dos demais particulares, exatamente como ocorreu no caso de São Francisco[59], quando da proposição da lei.

É por essa razão que o jovem Marco Civil da Internet positivou dispositivos que tentam impedir tais condutas. Além do já mencionado direito de acesso à internet, outros exemplos podem ser citados. O art. 7º, IV, veda a suspensão da conexão com a internet, salvo por débito diretamente decorrente de sua utilização, e o art. 9º, § 3º, afirma que "na provisão de conexão à internet, onerosa ou gratuita, bem como na transmissão, comutação ou roteamento, é vedado bloquear, monitorar, filtrar ou analisar o conteúdo dos pacotes de dados, respeitado o disposto neste artigo". A iniciativa é louvável, mas não cobre todas as situações fáticas *supra* narradas e, como se sabe, artigos de lei ordinária demandam uma análise constitucional. Além disso, o quão efetivos esses dispositivos serão quando muitos dos agentes envolvidos estão sediados fora do Brasil, ainda não se sabe.

5 Conclusão.

Como já foi afirmado, não é o objetivo da presente pesquisa ponderar, caso a caso, o direito de acesso à internet e a liberdade de expressão com a liberdade dos agentes econômicos privados, mas sim analisar o poder daqueles que estão no topo da hierarquia física da rede mundial de computadores ou no domínio dos principais *sites* e *softwares*.

---

[57] ADLER, Ben. *Legislature Approves Bill Requiring Court Order to Shut Down Cell Phone Service*. Disponível em: <http://www.capradio.org/176431>. Acesso em: 9 out. 2012.

[58] SB-1160 Communications: service interruptions. Disponível em: <http://leginfo.legislature.ca.gov/faces/billCompareClient.xhtml>. Acesso em: 12 abr. 2013.

[59] O exemplo de São Francisco não é perfeito, já que os oficias do BART são agentes públicos, mas o que importa é que o projeto de lei visa a impedir que as empresas de telefonia e internet, que são privadas, possam interromper o acesso sem ordem judicial.

Assim, conclui-se que há agentes privados que conseguem censurar a internet e que aqueles com maior capacidade de controle são seus verdadeiros donos. Possuir o poder de censurar não significa que esses agentes o exerçam de fato, mas quando eles o fazem, a democracia perde e o direito de acesso à internet também perde.

Chega-se também à constatação de que a internet não é puramente virtual: ela é real. É uma intrincada rede de tubos que formam uma estrutura quase orgânica, conectando prédios ao redor de todo o mundo. Ela nos liga fisicamente mais do que podemos imaginar.

Essa estrutura é tão impressionante que as pessoas esquecem ou não sabem que a rede mundial de computadores foi e ainda é feita à mão. Muitos tiveram que trabalhar fisicamente, passando cabos nas ruas, nos oceanos ou por baixo da terra, para que esse fenomenal sistema pudesse existir.

Por outro lado, cabos sozinhos não formam ideias. A internet é uma rede viva, abastecida por todos os seus usuários. Sem eles, ela morreria, e não seria diferente de uma biblioteca na tela do computador: cheia de informações valiosas, mas estática no tempo e surda para a opinião do leitor. Garante-se o direito de acesso à internet quando se garante o direito de acesso à estrutura física e ao conteúdo de uma internet livre, democrática e plural.

6 Bibliografia.

Acusada de monopólio, Microsoft libera código de principais softwares. Disponível em: <http://g1.globo.com/Noticias/Tecnologia/0,,MUL308641-6174,00-ACUSADA+DE+MONOPOLIO+MICROSOFT+LIBERA+CODIGO+DE+PRINCIPAIS+SOFTWARES.html>. Acesso em 7 out. 2012.

ADLER, Ben. *Legislature Approves Bill Requiring Court Order to Shut Down Cell Phone Service.* Disponível em: <http://www.capradio.org/176431>. Acesso em: 9 out. 2012.

BALDI, Vania. *Ideologia 2.0*: entre memória exteriorizada e exploração digital. Original cedido pelo autor.

Bangladesh Internet down after submarine cable cut. Disponível em: <http://www.channelnewsasia.com/stories/afp_asiapacific/view/1206158/1/.html>. Acesso em 4 out. 2012.

BELL, et. al. *Apparatus and methods for enforcement of policies upon a wireless device.* United States Patent and Trademark Office. Disponível em: <http://patft.uspto.gov/netacgi/nph-Parser?Sect1=PTO2&Sect2=HITOFF&u=%2Fnetahtml%2FPTO%2Fsearch-adv.htm&r=36&p=1&f=G&l=50&d=PTXT&S1=(20120828.PD.+AND+Apple.ASNM.)&OS=ISD/20120828+AND+AN/Apple&RS=(ISD/20120828+AND+AN/Apple)>. Acesso em 8 out. 2012.

BERG, Rudolph van der. *How the 'Net works:* an introduction to peering and transit. Disponível em: <http://arstechnica.com/guides/other/peering-and-transit.ars/4>. Acesso em 4 out. 2012.

BLUM, Andrew. *Tubes*: a journey to the center of the internet. Kindle ed., 2012.

BRIGHT, Peter. *Internet Explorer 10 almost doubles its users thanks to*

Windows 7 release. Disponível em: <http://arstechnica.com/information-technology/2013/04/internet-explorer-10-almost-doubles-its-users-thanks-to-windows-7-release/>. Acesso em: 6 abr; 2013.

DAVIS, Andrew. *Amazon Passes Google as Top Destination for Shopping Research [Report]*. Disponível em: <http://searchenginewatch.com/article/2196747/Amazon-Passes-Google-as-Top-Destination-for-Shopping-Research-Report>. Acesso em 5 out. 2012.

DEIBERT, Ronald et al. *Access Denied:* the practice and policy of global internet filtering. Cambridge, Massachusetts: The MIT Press, 2008.

DESTRO, Gustavo. *Microsoft já vendeu 60 milhões de unidades do Windows 8*. Disponível em: <http://www.noteshared.com/2013/01/microsoft-ja-vendeu-60-milhoes-de.html>. Acesso em: 6 abr. 2013.

FIVEASH, Kelly. *UK ISPs crippled by undersea cable snap*. Disponível em: <http://www.theregister.co.uk/2012/08/28/cut_underseas_cable_cripples_networks>. Acesso em 4 out. 2012.

FOWLER, Geoffrey A., *Facebook: one billion and counting*. Disponível em: <http://online.wsj.com/article/SB10000872396390443635404578036164027386112.html>. Acesso em: 5 out. 2012.

GUADAMUZ, Andrés. *Networks, Complexity and Internet Regulation*: Scale-Free Law. Cheltenham: Edward Elgar, 2011.

Hacker group posts names of BART site subscribers. Disponível em: <http://www.msnbc.msn.com/id/44139412/ns/technology_and_science-security/t/hacker-group-posts-names-bart-site-subscribers>. Acesso em: 9 out. 2012.

KABWEZA, L. S. M. *East Africa undersea cable outage enters third week*. Disponível em: <http://www.techzim.co.zw/2012/03/east-africa-undersea-cable-outage-enters-third-week>. Acesso em 4 out. 2012.

KUHN, Eric. *Google unveils top political searches of 2009*. Disponível em <http://politicalticker.blogs.cnn.com/2009/12/18/google-unveils-top-political-searches-of-2009>. Acesso em 5 out. 2012.

LESSIG, Lawrence. *Code 2.0*. Soho Books, 2010.

Long Road From Cuba: Manny Medina, CEO of Terremark (Part 4). Disponível em: <http://www.sramanamitra.com/2009/10/31/long-road-from-cuba-manny-medina-ceo-of-terremark-part-4>. Acesso em: 8 out. 2012.

MacKINNON, Rebecca. *Consent of the Networked*: the worldwide struggle for internet freedom. Kindle ed., 2012.

MARKOFF, John. *Internet Traffic Begins to Bypass the U.S.* Disponível em: <http://www.nytimes.com/2008/08/30/business/30pipes.html>. Acesso em: 3 out. 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MOROZOV, Evgeny. *The Net Delusion:* The Dark Side of Internet Freedom. New York: Public Affairs, 2011.

NASCIMENTO, Bárbara Luiza Coutinho do. *Liberdade de expressão, honra e privacidade na internet:* a evolução de um conflito entre direitos fundamentais. Kindle ed., 2011.

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais*: Trunfos contra a maioria. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

PARFITT, Tom. *Georgian woman cuts off web access to whole of Armenia.* Disponível em: <http://www.guardian.co.uk/world/2011/apr/06/georgian-woman-cuts-web-access>. Acesso em 8 out. 2012.

PARISER, Eli. *The Filter Bubble*: What the internet is hiding from you. New York: The Penguin Press, 2011.

Police shut down San Francisco transit station after protests. Disponível em: <http://www.msnbc.msn.com/id/44153343>. Acesso em 9 out. 2012.

RJ proíbe uso de celular nas agências bancárias. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2011-abr-07/estado-rio-janeiro-proibe-uso-celular-agencias-bancarias>. Acesso em 9 out. 2012.

ROSEMAN, D. The digital divide and the competitive behaviour of Internet backbone providers: Part 1 - issues and arguments. *Info.* v. 5, n. 5, p. 25-37, 2003.

SCHNEIDER, Joe. *Facebook Investor IPO Lawsuits Sent to New York Judge.* Disponível em: <http://www.bloomberg.com/news/2012-10-05/facebook-investor-ipo-lawsuits-sent-to-new-york-judge.html>. Acesso em 5 out 2012.

Severed cables disrupt internet. Disponível em: <http://news.bbc.co.uk/2/hi/technology/7218008.stm>. Acesso em 4 out. 2012.

Terremark. *Fact Sheet:* NAP do Brasil. Disponível em: <http://www.terremark.com/uploadedFiles/Technology_Platform/Datacenters/South_America/TMRK_NAPdoBrasil_Gatefold_02_English_Screen.pdf>. Acesso em 3 out. 2012.

United States v. Microsoft Corporation. Antitrust case filings. *The United States Department of Justice.* Disponível em: <http://www.justice.gov/atr/cases/ms_index.htm>. Acesso em 7 out. 2012.

VAIDHYANATHAN, Siva. *The Googlization of Everything*: and why we should worry. California: University of California Press.

Windows 8 será lançado dia 25 de outubro. Disponível em: <http://tecnologia.uol.com.br/noticias/redacao/2012/09/17/microsoft-oficializa-data-de-lancamento-do-windows-8.htm>. Acesso em 5 out. 2012.

WU, Tim. *The Master Switch*: the rise and fall of information empires. New York: Vintage Books, 2011.

ZAIN, Asma Ali. *Cable damage hits one million Internet users in UAE.* Disponível em: < http://www.khaleejtimes.com/DisplayArticleNew.asp?section=theuae&xfile=data/theuae/2008/february/theuae_february121.xml >. Acesso em 4 out. 2012.

O PÓS-POSITIVISMO E AS SUAS RAZÕES - PEQUENO ENSAIO EXPOSITÓRIO. UMA BREVE ANÁLISE DAS FONTES BÁSICAS DO DIREITO.

BRUNO DOS SANTOS GUIMARÃES*

Introdução

O presente artigo visa analisar a já tão debatida questão das fontes do direito em uma releitura à luz do constitucionalismo e seus princípios. A argumentação também se apoiará na crise positivista e a perspectiva pós-positivista de resultados efetivos. Portanto, a proposta é estudar a estrutura positiva da determinação das fontes segundo o artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB (muito recentemente ainda denominada de Lei de Introdução ao Código Civil - LICC) aliada à sua eficácia e presteza atual, em vista da nova onda de aplicação e normatividade constitucional e o pós-positivismo. O que se pretende, sem maiores pretensões, é situar o leitor neófito já adaptando a doutrina tradicional de modo a aderi-la a uma nova realidade jurídica onde imperam os princípios, aplicados que são à solução dos casos concretos nesta visão mais moderna. A questão é mais ideológica que técnica. A questão é de aceitação. A questão é, por fim, de desapego a uma posição de conforto para transitar em uma dimensão onde o direito verdadeiramente se presta a ser útil à sociedade, e não ao contrário. Mesmo passados alguns anos, tem-se que o pós-positivismo ainda é e será, por muitos anos, uma nova descoberta para gerações diferentes de juristas já graduados e operadores cotidianos do direito. O que alguns já de muito descobriram, muitos ainda estão descobrindo ou ainda terão o prazer de descobrir. A novidade é relativa, da mesma forma que o velho e o ultrapassado também.

Ter-se-á como pano de fundo a evolução das incertezas da justiça pulverizada medieval seguida da absolutista (estados absolutistas) à "certeza" científica almejada pelo positivismo e a sua crítica atual em detrimento do avanço dos princípios constitucionais contemporâneos e suas cláusulas abertas – o pós-positivismo e o neoconstitucionalismo.

O dilema gravita em torno da aplicação da lei nos moldes tecnocratas e tradicionais em contraponto com o influxo da forte normatividade dos princípios que garantem a ótica do razoável e do proporcional no julgamento do caso concreto. A questão central é a que coloca a pessoa física como centro da imputação jurídica para, só posteriormente e reflexamente, defender os seus bens materiais e patrimônio. A problemática é que a lei nunca será objetiva o bastante e nem ao menos específica o bastante para prever toda a sorte de problemas e conflitos que hão de surgir no seio social, do mesmo modo que as

* Promotor de Justiça no Estado do Rio de Janeiro. Graduado pela UFRJ e Mestre em Direito pela Universidade Cândido Mendes. Professor da EMERJ.

que existem podem não atender as perspectivas de resultado de forma a gerar resultado útil e justo. "A lei é dura mas é a lei!", velho brocardo latino tanto utilizado, não mais se sustenta sob algumas, porque não, sob várias óticas.[1]

A seguinte sentença sempre se faz presente nos meandros da área jurídica e parece muito pertinente expô-la: é razoável atuar-se exatamente como a lei determina para **ser alcançado um resultado que efetivamente ela não quer nem jamais quis?** A resposta só poderá ser negativa, mormente em vista da ciência pós-positivista aliada à dignidade da pessoa humana, dentre outros preceitos éticos que lhe são intrínsecos.

É neste caminhar que se inicia, então, a abordagem da teoria das fontes e a aplicação mais simples da ciência hermenêutica do direito nos moldes contemporâneos. Explica-se melhor: a hermenêutica será de aplicação primordial no direito hoje em debate, principalmente se, quando da aplicação de uma lei ou artigo de lei, várias vertentes sejam possíveis, mas nem todas sejam razoáveis e defensáveis do mesmo modo, ou seja, com lógica e fim justo e equitativo à luz dos princípios éticos basilares previstos no núcleo fundamental das constituições modernas, dentre elas a brasileira.

Assim, da Idade Média aos decretos régios absolutistas e o iluminismo posterior. Do positivismo e sua concretude ao pós-positivismo. Eis a modernidade e os tópicos que compõem o presente tema abordado neste artigo: a força máxima da Constituição e seus princípios.

1 Pequena evolução do sistema jurídico: foco na ambientação brasileira.

O Brasil se torna independente após a crise e início da queda do absolutismo na Europa. As monarquias constitucionais são algo a se almejar, colocando-se um ponto final no regime absolutista. O Iluminismo e a Ilustração já eram, ainda antes, o impulso no caminho da tecnologia do Estado liberal. Diz-se, então, que o país estaria em busca do modismo europeu, pois muito havia ficado para trás, seja na própria Europa, desde o feudalismo e ascensão do absolutismo, seja no Brasil Colônia, extensão do modelo político português. Descoberto e conquistado durante a transição do feudalismo para o absolutismo, o Brasil foi reflexo de todas estas tendências enquanto satélite de sua metrópole, Portugal.

Após a queda das antigas civilizações (grega e romana), teve início o que se convencionou denominar de alta Idade Média, por volta do século V em diante. Ao fim deste período, já por volta do século XV, inicia-se a formação e consolidação dos Estados Nacionais, todos absolutistas (Era que se denomina de Moderna). Durante o período absolutista, não se exercitava a divisão de funções tal qual idealizada por Aristóteles em sua famosa obra intitulada *Política*, e desenvolvida detalhadamente por Montesquieu em *O espírito das leis*. Harold Berman faz a seguinte sincronia, com base na História Universal:

[1] Do latim: *dura lex Sed Lex*. A lei é dura mas é a lei. Este é um brocardo latino de conhecimento bem comum que, de fato, bem representa a doutrina positivista.

> A história antiga é aquela concernente à Grécia e a Roma. O declínio de Roma, causado pelas invasões bárbaras, levou à Idade Média, que durou, grosso modo, do século V ao XV. Então começa a Idade Moderna, alguns diriam com o Renascimento, alguns diriam com a Reforma, ou, diriam ainda outros, com ambos.[2]

No absolutismo, durante a Idade Moderna, portanto, a função legislativa, executiva e judiciária cabia tão só e unicamente ao rei absoluto. O rei legislava, sendo estas legislações denominadas em geral de régias, exercia o governo e também julgava. Funcionários burocratas como os magistrados eram meros delegatários do poder estatal. O rei absoluto era o "enviado de Deus" e tudo podia, ou quase tudo podia.[3] Portugal, durante o longo período do Brasil Colonial, vivia o absolutismo em seu molde mais emblemático. Aliás, como citação de ato normativo absolutista vale lembrar a instalação do Tribunal da Relação da Bahia em 1609. Este tribunal carreava em sua normatização a titulação de magistrados, procuradores e promotores da justiça (era esta a designação) e, como bem descreve e ressalta o texto de instalação: todos a serviço e delegação do poder absoluto do rei em Portugal, conforme reportado por José Reinaldo de Lima Lopes e outros autores.[4] Para definição histórica do absolutismo é oportuna a seguinte lição:

> Regime político e social que vigorou na Europa Ocidental até a Revolução Francesa (1789). O governo absolutista dos reis que concentravam os poderes executivo, legislativo e judiciário e que era baseado na crença do direito divino dos monarcas, associado ao mercantilismo e aos privilégios concedidos à aristocracia.[5]

Já em 1751, quando da criação e instalação de outro tribunal, o Tribunal da Relação do Rio de Janeiro, que funcionou até 1808, houve nitidamente um período de transição ideológica, principalmente, na parte final de sua atuação. Ora, esta transição remonta a decadência crescente do absolutismo e a impregnação da Ilustração e do Iluminismo. Já eram, portanto, os ares

---

[2] BERMAN, Harold. *Direito e revolução*. Tradução: Eduardo Takemi Kataoka. São Leopoldo, RS: Unisinos, 2004, p. 25.

[3] MIRANDA, Jorge. *op. cit. P.* 28. Usa-se no texto a expressão "ou quase tudo podia" pois, segundo entendemos e é bem lecionado por Jorge Miranda, a despeito da concentração das funções estatais nas mãos do Rei, o poder não era tão absoluto assim, até mesmo, pelo que se depreende, da própria condição de governabilidade e continuidade. Daí a nossa expressão "quase tudo". Mas, a falta de divisão de poderes e a concentração pessoal do poder era, de fato, indiscutível.

[4] LOPES, José Reinaldo de Lima *et alii*. *Curso de história do direito; Regimento da Relação do Estado da Bahia, de 7 de março de 1609*. 2. ed. São Paulo: Método, 2009, p. 112 e 117 e seguintes. Para bem demonstrar esta delegação diz também o texto do regimento em seu cap. III ... é dado ao promotor da justiça da casa da suplicação, e ao procurador do fisco; e procurará (quanto lhe for possível) saber se se usurpa a minha jurisdição. Como se observa, sem reserva, a jurisdição era do rei absoluto.

[5] ARANTES, Jorge. *Pequeno dicionário crítico:* histórico, geográfico, econômico, político e social. Rio de Janeiro: Interciência, 2003.

do Estado liberal que ansiava em aparecer, gerando o que se conheceu como despotismo esclarecido. A divisão de poderes já começava a ser uma necessidade e a elaboração de uma Constituição uma máxima para delimitar o poder do Estado frente às liberdades públicas.[6] Marco do início da queda do absolutismo foi a Revolução Francesa (1789), quando então a burguesia assumiu o poder e as rédeas do Estado, que era um dos mais avançados naquela época.[7]

Vale o seguinte esquema: muito distante do fim do absolutismo, ou mesmo durante a sua ascensão, deu-se a instalação do Tribunal da Relação da Bahia no Brasil Colônia (1609), enquanto durante a criação e funcionamento do Tribunal carioca (1751-1808) já se verificava a influência ilustrada – a questão, como soa óbvio, é puramente de período, tendo sofrido este último tribunal com a contemporaneidade da revolução franca e a ascensão das ideias liberais. Cabe consignar que o Tribunal carioca foi extinto a partir da chegada da Família Real ao Rio de Janeiro, evento que inaugurou o denominado período joanino e que culminou, anos após, com a declaração da Independência do Brasil.[8]

Com relação ao Tribunal carioca, vale reportar que, em Portugal, a Lei da Boa Razão, aplicada no Brasil durante o funcionamento do Tribunal da Relação do Rio de Janeiro (1769), era a própria ilustração e o racionalismo a se manifestar. Esta Lei redirecionava as fontes do direito e o tratava com lógica de aplicação. Servia, ainda, de parâmetro de aplicação da própria legislação em vigor, no caso as Ordenações Filipinas.[9]

O racionalismo jurídico surgido ao fim do absolutismo nada mais era do que a aplicação do desenvolvimento das ciências exatas ao direito. O direito, então, sendo racional e lógico, deveria ser encarado como um todo coerente e parte de uma engenharia aplicada ao social. A era das codificações, que surgiu nos Estados europeus, certamente denota esta necessidade de sistematização do direito, ou seja, um agrupamento de engenho de normas congêneres, como no caso das codificações voltadas a determinados ramos em especial. O civil é um exemplo. José Reinaldo de Lima Lopes leciona o seguinte:

---

[6] WEHLING, Arno; WEHLING, Maria José. *Direito e Justiça no Brasil Colonial*: o Tribunal da Relação do Rio de Janeiro (1751-1808). Rio de Janeiro: Renovar, 2004 pg. 545;547;552. Os autores bem descrevem a transição, informando que no período final de funcionamento do tribunal referido (o que remonta ao espaço de tempo imediatamente anterior a 1808, data de sua extinção), já se tentava andar por caminhos de aplicação do direito baseado na ilustração e o iluminismo. Este caminho foi trilhado, segundo os autores, principalmente pelo direito penal.

[7] Polarizamos o tribunal implantado no Brasil em 1609 (Bahia), no auge do absolutismo, com o que foi implantado no Rio de janeiro em 1751, funcionando até 1808, para contrastar que este último tribunal já passou a ser influenciado, em vista do momento histórico, com os ideais liberais que culminaram nos movimentos constitucionais posteriores (monarquias constitucionais), até porque este tribunal ultrapassou o período revolucionário na França, sofrendo, portanto, estes influxos determinados.

[8] WEHLING, Arno; WEHLING, Maria José, *op. cit.*, p. 581. Aqui se tem a delimitação do momento exato da extinção deste tribunal, que na verdade, em 1808, quando da vinda da família real portuguesa, fundiu-se com a casa da suplicação.

[9] LOPES, José Reinaldo de Lima; QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo; ACCA, Thiago dos Santos. *Curso de História do Direito*. 2. ed. São Paulo: Método, 2009, p. 113 e 218.

> A geometria e a física haviam sido as ciências dominantes nos séculos XVII e XVIII: no século XIX o paradigma de ciência parecia ser a história natural. É compreensível, portanto, que nos séculos XVII e XVIII os juristas se inspirassem na geometria e buscassem aplicar ao direito o modo geométrico de pensar.
>
> [...]
>
> O movimento de codificação do direito fora resultado da combinação de duas correntes de pensamento marcantes do início da modernidade: O jus naturalismo racionalista e o iluminismo.[10]

Segundo o mesmo autor, foi na ocasião do Iluminismo e da Ilustração, compreendendo o início da queda do Antigo Regime, que a importância do poder de legislar ganha mais força. Daí o positivismo e a sua lógica de trazer a tão almejada segurança jurídica para os súditos e, porque não, para os próprios burocratas. O positivismo e a previsibilidade de ações e consequências passaram a fazer parte de um campo lógico e necessário para a burocracia estatal. Foi exatamente este ambiente racionalista e positivista que trouxe a ideia de uma lei maior que seria, então, o pressuposto de validade das demais – a Constituição.

O constitucionalismo, de fato, passou a ser o símbolo almejado.

É interessante consignar, como adiantado acima, que antes do estabelecimento das constituições e no período da ilustração antecedente ao Estado liberal constitucional, a Lei da Boa Razão, por ser um parâmetro de reorganização e aplicação das fontes do direito, muitas vezes era encarada como verdadeira fonte de validade e diretriz de aplicação de outras normas. Neste sentido, então, assemelhou-se ao que após restou por consagrar a tecnologia jurídica do controle de constitucionalidade, tão estudado no Direito Constitucional.[11]

O direito medieval, pouco positivado e mais baseado na doutrina e jurisprudência, além de conter também o casuísmo e o costume, foi ficando cada vez mais inadequado mesmo para os Estados absolutistas surgidos em sequência àquele período, o que então deu lugar aos movimentos de codificação e legislações absolutas, tal como informa José Reinaldo de Lima Lopes: "O direito medieval, casuístico, fundado na premência do ato de julgar e, portanto, em teorias da justiça, acostumado a uma ordem plural, repleta de fontes e privilégios particulares, não servia mais, e já fazia tempo." [12]

---

[10] LOPES, José Reinaldo de Lima; QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo; ACCA, Thiago dos Santos. *Curso de História do Direito*. 2. ed. São Paulo: Método, 2009, p. 217.

[11] WEHLING, Arno; WEHLING, Maria José. *Direito e Justiça no Brasil Colonial*: o Tribunal da Relação do Rio de Janeiro (1751-1808). Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 586. A afirmação dos autores se baseia, além de outros argumentos, no julgamento conduzido pelo Juiz de Fora brasileiro de nome Baltasar da Silva Lisboa em que a lei da boa razão foi elevada a condição de ordenamento normativo básico. Por tudo que também acima foi referido acerca da criação do Tribunal da Relação do Rio de Janeiro e a sua extinção, bem como a sua atuação influenciada pela pré-ilustração, cf. p. 545, 581 e 584.

[12] LOPES, José Reinaldo de Lima; QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo; ACCA, Thiago dos Santos, *op. cit.*, p. 220.

2 Do positivismo

Não é difícil observar que o positivismo crescente e o aumento na tecnologia da legislação restaram como resposta às incertezas da baixa e alta Idade Média que ainda prosseguiam no regime absolutista ocorrido em sequência. Nunca é demais gravar que a fonte de produção normativa era, ainda, de fato, o poder central. Conforme mencionam Arno Wehling e Maria José Wehling, a Ilustração já tomava conta do Antigo Regime em seus respiros finais e se manifestava em obras como a de Bonesana, Marquês de Beccaria, que ganhavam destaque. *Dos delitos e das penas* (1764) é o grande ícone.[13]

No Brasil, ao apagar das luzes do absolutismo europeu e à ascensão do constitucionalismo, auge da Ilustração e do Iluminismo, é marcante a chegada da corte portuguesa ao Rio de Janeiro, apoiada pelos ingleses e em fuga estratégica de Portugal que estava prestes a ser invadido pelas tropas napoleônicas.[14] Ora, a corte portuguesa vivia no Rio de Janeiro os últimos suspiros do absolutismo como regime inabalável e do Brasil ainda como colônia, embora elevado à condição de Reino Unido.

A metrópole Portugal ainda não possuía a sua constituição (característica clara do absolutismo ainda reinante) e o Brasil, que se tornou independente em 1822, trataria de se adequar ao resto do mundo e elaborar a sua Carta Magna em 1824.[15] Desta forma, o constitucionalismo gerando o pressuposto de uma lei maior como argumento de validade das demais (inferiores) e a técnica positivista são uma reação à insegurança e à falta de ciência do período imediatamente anterior.

Sem maiores riscos, pode-se afirmar que diante das incertezas de um sistema jurídico imaturo, a legislação em geral, independente de sua fonte (ainda que expedidas pelo Rei), e as codificações, resultaram no avanço que culminou, ulteriormente, no pressuposto da lei maior constitucional e sua preponderância como pilar do Estado liberal.

Chega-se, pois, à Constituição, que, com seus princípios e diretrizes, será o paradigma normativo da contemporaneidade.

3 O normativismo de Hans Kelsen

Nascido a 11 de outubro de 1881, em Praga, Kelsen foi um dos mais importantes juristas e filósofos do século XX. Correlacionando sua época com a cronologia histórica, verifica-se que Kelsen nasceu muito após a queda do Antigo Regime e a ascensão do constitucionalismo dos estados liberais. Portanto, ele já trabalhava com uma melhor tecnologia das leis e contava com a existência da Constituição como lei maior, resultado dos movimentos constitucionais imediatamente anteriores.[16]

---

[13] , Arno; WEHLING, Maria José, *op. cit.*, p. 550.

[14] Sobre este momento histórico que antecedeu ao nosso constitucionalismo vale a leitura do importante historiador Lima, Oliveira, D. João VI no Brasil. 3ªed. Rio de janeiro: Top books: 1996, pg.43 e seguintes.

[15] Para consulta sobre a primeira Constituição portuguesa pesquisar em www.debates.parlamento.pt consulta realizada em 20 de junho de 2012.

[16] Para uma segura biografia de Kelsen consultar www.biografias.inf.br. A situação histórica e o posicionamento são observações deste signatário, que inclusive acrescenta que a morte de Kelsen,

De outro lado, impende ressaltar que Kelsen, assim, como outros cientistas que lhe foram contemporâneos, em função de tudo que acima foi dito, ainda viviam à sombra das incertezas que os períodos anteriores manifestaram. Daí o normativismo e o modo cartesiano que demonstra a ciência de Kelsen, sede em que o positivismo (normativismo) era, então, o grande enfoque e, porque não, a solução.

Em oposição ao jusnaturalismo, manifesta-se então o positivismo, afirmando que não há direito senão o positivo. Neste ponto, nega que o direito natural pudesse estar acima ou fosse pressuposto de validade do direito positivo. O positivismo resultou de uma tentativa de se considerar o direito verdadeira ciência trazendo-o para lógica e conferindo-o certeza quase matemática.[17]

Foi nesta direção que, em sua obra mais famosa, Kelsen estuda o direito à revelia de conceitos flutuantes como o da própria justiça, preferindo usar a lógica rígida e segura da teoria pura do direito. Ele foi responsável pela organização da hierarquia das normas e do pressuposto de uma lei fundamental, no que restou conhecido como a "pirâmide de Kelsen", embora assim não nominado por ele próprio. Neste sentido, Hans Kelsen foi quem inaugurou o controle da constitucionalidade na Europa introduzindo-o na Constituição da Áustria, no ano de 1920.[18]

O positivismo, embora hoje muito criticado, teve seu mérito na organização sistêmica do Direito e no viés de introduzi-lo com segurança, daí a sua preocupação com a hierarquia das fontes e a preponderância da lei sobre os princípios. Argumentando nesta trilha vale citar que a grande falha do normativismo tenha sido considerar, fictamente, que o direito positivo é justo e deve ser obedecido.[19]

Para o positivismo, como soa lógico, os princípios não poderiam subverter a lei, pois são menos densos que ela. Este é o ponto nevrálgico da crítica a ser desenvolvida adiante. O positivismo de Kelsen fica extremado quando afirma ele, em sua famosa obra intitulada *Teoria Pura do Direito*, que uma norma jamais poderá ser considerada inválida em seu conteúdo, podendo ela tratar daquilo que melhor aprouver. A sua invalidade apenas será determinada se contrariar formalmente a lei fundamental no sistema hierárquico por ele criado. Pela importância do tema, pedimos vênia para citar o que abaixo segue:

> Se se pergunta pelo fundamento de uma norma pertencente a uma determinada ordem jurídica, a resposta apenas pode constituir na recondução à norma fundamental desta ordem jurídica, quer dizer: na afirmação de que esta norma foi produzida de acordo com a norma fundamental.[20]

---

em 19 de abril de 1973, já toca a ascensão das doutrinas pós-positivistas e o aparecimento das Constituições cidadãs.

[17] AMARAL, Francisco. *Introdução ao Direito Civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 43.

[18] BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 6. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2012, p. 41.

[19] AMARAL, Francisco, *op. cit.*, p. 45 (citando Cristophe Grzegorcyk, em *Le positivisme juridique*, p. 27).

[20] KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução: João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 222.

Na leitura da obra de Kelsen, é claro, não se encontra qualquer possibilidade de se confrontar a lei materialmente, quanto mais confrontá-la com princípios, ainda que depreendidos da lei maior. Esta é a maior relevância do tema ora abordado. Aliás, como acima já se aduziu, o confronto com a lei que ele chama de fundamental é apenas o da regularidade de sua gênese, mas não de seu conteúdo. Vale novamente a transcrição:

> De acordo com a teoria pura do direito como teoria jurídica positivista, nenhuma ordem jurídica positiva pode ser considerada como não conforme a sua norma fundamental, e, portanto, como não válida. O conteúdo de ordem jurídica positiva é completamente independente da sua norma fundamental. Na verdade - tende acentuar-se bem - da norma fundamental apenas pode ser derivada a validade e não o conteúdo da ordem jurídica. Toda ordem coerciva globalmente eficaz pode ser pensada como ordem normativa objetivamente válida. A nenhuma ordem jurídica positiva pode recusar-se a validade por causa do conteúdo de suas normas. É este um elemento essencial do positivismo jurídico.[21]

Mais adiante Kelsen explica que, em sua teoria pura, o conflito entre o direito natural e o direito positivo se resolve com a preponderância deste último. Ou, em outras palavras, nem sempre o direito positivo vai coincidir com o direito natural e vice-versa, mas este último será sempre preterido em detrimento do primeiro. Para Kelsen, o direito natural é vago e impreciso se comparado à precisão do direito positivo.[22]

A par de desenvolver a presente argumentação, também é importante citar que Kelsen se preocupou em fazer do direito uma verdadeira ciência jurídica, dissociada de qualquer peculiaridade social e de modo a ser aplicada com lógica de forma universal, fora das particularidades de qualquer Estado ou sociedade. Neste tom, o autor também pretendeu deixar bem clara em sua obra a separação entre o direito e a moral, referindo-se à obrigatoriedade e à coerção do primeiro elemento, ao contrário do segundo e firmando o direito como ciência, de modo a fitar, sempre, a segurança jurídica adequada para o sistema - técnica de controle social.[23]

Não seria equivocado afirmar que a sistematização hierárquica de Kelsen é adotada principalmente nos países da *civil law*, embora hoje de forma a analisar mais profundamente os conteúdos legislativos e de modo a confrontá-los, inclusive, com princípios e não com regras exatas e cerradas.

Pelo influxo ético das novas Constituições, também resta induvidosa a superação da teoria que relega a moral a um segundo plano da ciência do direito, questão que será explicada adiante.

---

[21] KELSEN, Hans, *op. cit.*, p. 242.
[22] *Idem*, p. 243.
[23] SGARBI, Adrian. *Clássicos da Teoria do Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 31, 32.

Hoje, há preponderância de princípios que são constitucionais e que se ligam estreita e diretamente ao direito natural, constituindo-se cláusulas verdadeiramente humanas e éticas (valor moral), entabulando claros pressupostos de validade por sua reconhecida supremacia legal (constitucional). Em superioridade, então, em relação ao conteúdo de qualquer regra de direito positivo, ainda que regularmente aprovada pelo parlamento e seguindo o devido processo legislativo constitucional, haverá cláusulas constitucionais carregadas de preceitos éticos e morais. Este núcleo ético/humano/normativo encontra-se na parte fundamental de Constituições como a de 1988 no Brasil.[24] O que é o preceito da dignidade humana senão um princípio natural e ético, estreitamente ligado a moral!

A hierarquia normativa de Kelsen continua a soar sua lógica e seu tecnicismo na contemporaneidade, mas com o reconhecido avanço do confronto material da lei com os princípios constitucionais do núcleo fundamental das constituições ocidentais, como se indicará no tópico seguinte.

4 Os princípios: o que são

O apego à lei e à literalidade de seu comando gerou o qualificativo de positivismo e, positivista, para o ator social. É comum, então, determinar que alguém que pretende a aplicação fria da lei seja denominado de positivista. O positivista seria, na concepção corriqueira, alguém sem alma, cuja aplicação da lei "doa a quem doer", seria o mais importante e um fim em si. O positivista prefere, segundo sempre se observa do discurso, a segurança jurídica a qualquer outro caminho que se mostre inseguro.

Nesta concepção, mais comum e estreita, como ressaltado acima, a ciência do direito de linha positivista restaria segura aos olhos da previsibilidade de resultados. Há que se lembrar da afirmação de profissionais da área da engenharia e principalmente informática, ainda nos anos 1990, auge do desenvolvimento destes ramos do conhecimento, de que, no futuro, não seria necessária a atuação de qualquer operador do direito, mas apenas de um computador, contendo uma extensa base de dados que, contendo o direito positivo vigente, faria o trabalho de informar e determinar "quem tem razão em determinado conflito". A afirmação direcionava-se a fazer pouco da ciência aplicada do direito. Quem, como nós, não se lembra dela.

A ilustração acima é bom alertar, não teria razão de ser mesmo no governo teórico positivista, pois a consunção do fato à norma já seria bastante humano e controverso para eliminar a máquina proposta. Mas, certamente, teria muito menos razão, se houvesse à época, se levado em conta o pós-positivismo e o neoconstitucionalismo aliado à complexidade social do direito. O quadro apresentado parece lúdico, mas, possui o mérito de externar o que muitos, ora nominados de leigos, pensam a respeito da ciência do direito e de suas codificações.

[24] Neste sentido, sobre o influxo da moral no direito vide: MAIA, Antônio Cavalcante. As transformações dos sistemas jurídicos contemporâneos: apontamentos acerca do neoconstitucionalismo. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em: 18/03/2012. Abaixo retornaremos ao tema.

Daí ousar este signatário observar que o positivismo, à revelia da moral, da ética e do resultado razoável, afasta mais o direito do conceito de ciência do que o próprio pós-positivismo, aqui incluindo o neoconstitucionalismo. Assim o é porque o pós-positivismo é muito mais voltado para aplicações sociais e fáticas (antropologicamente considerados os fatores), revelando-se assim maior e mais clara ciência de aplicação.

A crise do positivismo estaciona na incidência de resultados não razoáveis e na falta de elementos para solução de casos mais complexos. Ademais, o erro de Kelsen seria a falta de observação da diversidade, adotando uma ciência que seria universal e aplicável de forma não implicada com outros elementos flutuantes que surgem das observações concretas.

Logo ao iniciar a sua explanação, Gisele Citatino afirma que, no âmbito da filosofia política contemporânea, os representantes do pensamento liberal, citando John Rawls e Dworkin, adotam o pluralismo para descrever as democracias modernas como sociedades onde coexistem distintas concepções e valores. Daí, o engessamento do positivismo proposto já apresenta a sua falha.[25] Esta argumentação já é suficiente para demonstrar que as particularidades oriundas do pluralismo são obstáculos claros ao positivismo que se quer ver, muitas vezes, extremado.

Ronald Dworkin doutrina que, quando se considera um caso difícil, aqueles cujas soluções não são simples, mas, ao contrário, complexas e não raro multidisciplinares, recorre-se a padrões que não funcionam como regras, mas, ao contrário, operam como princípios e políticas, verdadeiras diretrizes.[26]

O estudo moderno do direito não aponta, portanto, para o sepultamento do positivismo. Leis existem e bem positivadas – nesta concepção, para se referir às regras mais fechadas. Destarte, o que se entende é que não poderá haver aplicação do direito sem o norte dos princípios carreados no núcleo intangível da Constituição, trazendo valores éticos que determinarão a validade e aplicação da própria lei. É óbvio que a questão se mostra mais acentuada nos casos complexos que Dworkin denomina de "casos difíceis".[27]

Neste caminhar, vale indagar: o que são os princípios e o que são as regras? Para continuar em Dworkin, verifica-se que os princípios seriam um conjunto de padrões que não são regras. Vale a citação deste emblemático autor: "Denomino princípio um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão de moralidade."[28]

Imperioso e intuitivo é também voltar a relacionar que, com esta definição pós-positivista já se determina uma forte contrariedade a Kelsen,

[25] CITADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 1.
[26] DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 36.
[27] *Idem*, p. 127. No Brasil poderíamos citar como casos difíceis o julgamento do caso que ficou conhecido como "raposa terra do sol" relativo à demarcação de terras indígenas em oposição aos denominados "arrozeiros", produtores de arroz e o caso "ficha limpa", relativo à elegibilidade de candidatos já condenados pela justiça em órgão colegiado.
[28] DWORKIN, Ronald, *op. cit.*, p. 36.

pois a moral, nesta teoria, não pode ser dissociada da regência e aplicação do direito. Ao contrário, os princípios estão impregnados de conceitos e padrões éticos. A separação de moral e direito nos moldes tradicionais não é mais recomendada.

É Antônio Cavalcanti Maia, como acima já se adiantou em excelente e denso artigo sobre o neoconstitucionalismo, quem defende com muita propriedade que a moral está impregnada nos princípios fundamentais e, portanto, possui normatividade de forma a conferir, por esta via, solução aos casos concretos.[29]

Explicita-se, então, que a já corriqueira separação entre direito e moral, baseada na coerção da primeira espécie e a na ausência de coerção na segunda, cai por terra no momento em que os princípios normativos constitucionais aplicados na solução dos conflitos são baseados principalmente em conceitos morais e éticos. Vale então repetir que a moral e a ética, como conceitos antes repugnados por suas respectivas imperfeições, hoje são ovacionadas nos julgados e a eles dão soluções que servirão de observação obrigatória entre as partes em litígio ou mesmo para todos os jurisdicionados, neste último caso, no caso das ações diretas de inconstitucionalidade. Assim, se os princípios constitucionais são impregnados de valores morais, quem poderá afirmar que não possuem o atributo da coerção? A sua força decorre do próprio status de norma constitucional de primeira linha.

A certa altura, Dworkin define que a diferença entre princípios e regras é de natureza lógica. A diferença residiria nos padrões oferecidos por um ou outro caminho, o que chama o autor de orientações. As regras seriam aplicáveis à maneira do tudo ou nada. Ou uma regra é válida para a decisão de determinado caso concreto ou não é, nada contribuindo para o referido deslinde.[30] No entendimento da presente abordagem, a regra é um projeto de adequação a um caso concreto que ela idealizou ocorrer. O fato nem sempre ocorre, mas, se ocorre, será de maneira que a regra o tocará para se operar ou não, em conformidade com a seara do tudo ou nada de Dworkin.

Os princípios, como projetos mais racionais de solução dos casos concretos, passam por um processo mais aprimorado de visão do razoável, do justo e do ético, além de sofrerem releituras evolutivas de modo a acompanhar a sociedade - aqui verdadeira ciência social. Aplicam-se com mais eficiência aos casos mais difíceis, para atender aos anseios sociais de equidade, lógica e justiça, além de se oporem ao jogo de erros e acertos da norma positiva, que é incapaz de prever toda sorte de complexidade de causas que serão submetidas ao crivo, principalmente, das cortes constitucionais.

Não se sustenta aqui a imprestabilidade da regra, mas sim a sua limitação, o que a torna, hoje, escrava dos princípios: seja para nortear a sua própria aplicação, seja para solucionar os casos inalcançáveis que sempre existirão.

---

[29] MAIA, Antônio Cavalcante. As transformações dos sistemas jurídicos contemporâneos: apontamentos acerca do neoconstitucionalismo. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em: 18/03/2012.

[30] DWORKIN, Ronald, *op. cit.*, p. 39.

Não é por outro motivo que Dworkin formulou a sua famosa afirmação de que "mesmo quando nenhuma regra regula o caso, uma das partes pode, ainda assim, ter o direito de ganhar uma causa", devendo o juiz atuar de forma a descobrir investigativamente qual é o direito da parte, negando-se a possibilidade de criação de direitos novos a serem aplicados retroativamente.[31]

Assim, nos princípios: eis o direito, que é preexistente.

5 A questão das fontes do Direito

Ao se observarem as fontes do direito brasileiro, verifica-se que o artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, em moldes bem positivistas e com o fito de trazer a segurança jurídica tão desejada e ansiada, prescreve que, na ausência da lei, aplicam-se a analogia, os costumes, a equidade e, por fim, os princípios gerais do direito. Ora, tem-se que a lei será a rainha das fontes determinando o agir do cidadão e, ainda, o julgamento dos tribunais, sendo este último caso o seu mais direto objetivo.

A questão positivista é tão forte que, em não havendo lei, e aí se inicia a leitura do artigo de lei, deve ser aplicada a analogia e daí por diante (artigo 4º da LINDB). Extrai-se, portanto, que a analogia nada mais é que a busca incansável da lei. O ponto é: se uma lei não regula o caso, buscar-se-á outra, elaborada para caso parecido, que norteará o julgamento deste, que se depara com a lacuna insolente.

Pois bem, após a falha no uso da analogia o que se preconiza é o uso dos costumes até que se chegue, já ao final, no baseamento dos princípios. É claro que esta norma é bastante identificada junto ao ramo do direito civil e, portanto, todos assim acabam por viciar o entendimento.[32] Ocorre que o leitor atento já catalisou que a LINDB é de aplicação geral a todos os ramos do direito, embora com algumas reservas pontuais e importantes em relação ao direito penal e tributário. Ou seja, a LINDB, com a sua colagem de fontes, é norma direcionadora do atuar do juiz para qualquer ramo do direito, até mesmo em respeito ao princípio *non liquet* (aquele em que ao juiz não é dado deixar de julgar por ausência de norma para o caso concreto).

Não se precisa ir muito longe para determinar, sem necessidade de citar fontes, que, no passado não muito distante, e ainda nos anos idos da década de 1990, a LICC[33] era apresentada como a grande mãe das leis e de sua aplicação, bem como o direito civil como a grande espinha dorsal do direito.[34] Nada mais equivocado e, porque não, repugnante atualmente. A inversão antes operada desprezava princípios, inclusive constitucionais, como o platô principal da teoria jurídica pátria. Era como se a sombra fosse mais importante que o próprio corpo que a projeta.

Nesta longa labuta pelo qual passou o direito não se pode deixar de enfrentar uma questão interessante, porém não menos debatida e já pacificada:

[31] SGARBI, Adrian, *op. cit.*, p. 148.

[32] Decreto-lei 4.657/42 - Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

[33] Como já dito modernamente denominada de LINDB.

[34] Local hoje ocupado com justiça e ciência pelo direito constitucional.

a constitucionalização dos ramos do direito. Ponto este que teve a sua principal atuação na interpretação e aplicação das normas civis, mormente após a promulgação do atual Código Civil. Embora contasse com um antigo projeto, esta codificação nos deu a oportunidade de trabalhar com conceitos éticos como a boa-fé e a dignidade da pessoa humana. De outro lado, este ponto da argumentação poderá ser inútil, ou mesmo falho, no sentido de que estes valores são, antes de tudo, constitucionais e de aplicação independente de sua previsão infralegal. Refiro-me ao direito civil constitucional, ou mesmo direito penal constitucional e direito administrativo constitucional e assim por diante, para qualquer ramo do direito que se digne determinar.

Para apontar e fundamentar a presente premissa não seria dispensável citar, apenas como base para a dialética que pretendemos estabelecer, um clássico e festejado autor – muito lido por quem esteve nos bancos universitários nos anos 1990, ou antes – que objetivamente cita as fontes do direito introduzindo-a ao leitor aprendiz, sem qualquer olhar sobre o pós-positivismo ou neoconstitucionalismo ou a própria constituição em si.[35] Trata-se, apenas por indicação de exemplo, do excelente Silvio Rodrigues[36] que, em seu primeiro volume da coleção de direito civil, já sob a égide do novo Código Civil e, obviamente, da Constituição de 1988, afirma que o artigo 4º da LINDB determina uma ordem de operação sem reparos para o operador do direito, concluindo que: "No silêncio da lei, portanto, deve o julgador, na ordem mencionada, lançar mão destes recursos, para não deixar sem resolução a demanda". E segue: "julgar por analogia significa aplicar as hipóteses semelhantes às soluções oferecidas pelo legislador para os casos análogos".[37]

Para criar polaridade, é em Francisco Amaral que se deve aportar. Este autor civilista, ao doutrinar sobre a mesma parte do direito que Silvio Rodrigues, já não mais se contenta com o mandamento trazido pela LICC - LINDB e a sua busca cega pela certeza positivista. É neste diagrama que o autor critica o positivismo como acima referido e, depois, ao desenvolver sobre as fontes, aduz sobre a constitucionalização do direito civil e sobre a posição antes central ocupada por este último. Aliás, o próprio Francisco Amaral já cita Dworkin, como já foi constatado e apontado. Esta hoje é a linha de todos os modernos doutrinadores que se dignem a expor sobre o tema.[38]

No Brasil, sobre a constitucionalização do direito civil, impossível não deixar registrada a obra mestra de Gustavo Tepedino que, da forma proposta, passa a adequar o patrimonialismo civil aos princípios constitucionais exigidos à própria aplicação de lei. Também explana este festejado autor

[35] A questão é trazida, mormente pelo fato de que a edição do livro que foi pesquisada, como abaixo se verificará, é do ano de 2002, portanto após, inclusive, a Constituição de 1988, o que denota a escola bem positivista do autor, traço que era comum na sua geração.

[36] Não vai aqui nenhuma crítica ao extenso e emblemático trabalho deste civilista, senão apenas a utilização de suas lições de modo a ilustrar determinado momento histórico. Aliás, é de se afirmar que as edições mais modernas deste autor não foram por ele atualizadas, mas sim editadas com base no que ainda era o anteprojeto do código civil de 2002, conforme nota explicativa inserida na edição que logo abaixo indicamos como fonte.

[37] RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*: parte geral. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 21.

[38] AMARAL, Francisco, op. cit., p. 85.

que o Código Civil de 2002 adota a clara postura de chancela das cláusulas abertas, nos moldes dos princípios constitucionais, o que torna a atuação interpretativa do operador, de fato, balizadora e tendente a adequar o direito à realidade social. São os tempos da ética, da dignidade e, acima de tudo, da justiça igualitária.[39] Não são apenas as diretrizes pós-positivistas, mas também as coirmãs neoconstitucionalistas.

Importantes ainda os apontes elaborados por Manoel Messias Peixinho, nos quais ganha sede o fato de que o termo pós-positivismo é equivoco, já que ganham esta denominação as teorias pós-kelsenianas que visaram à reformulação do positivismo e apontaram a sua ineficiência. Citando Antônio Cavalcanti Maia, aduz que o pós-positivismo foi resultado de uma transformação clara da metodologia constitucional e da teoria do direito. Trata-se de uma nova hermenêutica constitucional, o que seria, também, por óbvio, neoconstitucionalismo, conforme os europeus.[40]

Não se pode olvidar, portanto, da aplicação e interpretação de norma de qualquer natureza e hierarquia sem se ter em mente a diretriz dos princípios constitucionais ou mesmo a aplicação direta destes na ausência de norma para o caso concreto.

O artigo 4º da LINDB merece ser observado com reservas.

Considerações finais

A complexidade da vida humana e as suas particularidades fizeram por aflorar a deficiência do positivismo, da mesma forma que este resultou em resposta a período anterior, quando as incertezas e o casuísmo geravam a injustiça da aplicação do direito, não da lei, mas do direito como instituto complexo e com a inclusão do senso do justo.

Os movimentos constitucionais modernos e a força normativa dos princípios trouxeram grande avanço no julgamento dos casos mais difíceis, nos quais a aplicação direta ou bem interpretada da lei parece deficiente.

Hoje, os nossos tribunais superiores já adotam o governo da justiça e não exatamente o da lei posta. A lógica do justo não pode ser contrariada. A densidade dos princípios pode melhor ser demonstrada em casos de grande repercussão e expectativa no seio social.

A hipótese mais crescente de indagação é saber se a textura aberta dos princípios pode gerar o poder arbitrário dos Magistrados. A resposta será negativa desde que seguido pelo julgador o método de fundamentação adequado para a decisão, nos moldes do artigo 93, X, da Constituição Federal e de maneira possibilitar o controle exato do julgamento. Os recursos cabíveis à espécie também são mecanismos evidentes de controle das razões do julgador, no caso de instâncias inferiores.[41]

[39] TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*: tomo 2. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 6-7.

[40] PEIXINHO, Manoel Messias. *As teorias e os métodos da interpretação aplicados aos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 46-47.

[41] Assim nos parece concluir Antonio Cavalcante Maia in MAIA, Antônio Cavalcante. As transformações dos sistemas jurídicos contemporâneos: apontamentos acerca do neoconstitucionalismo. Disponível

No caso das instâncias superiores em que não será mais possível a interposição de recursos e os juízes são nomeados por aquele que detém legitimidade popular (o presidente da república - sem se esquecer da chancela do senado), caberá a reprovação social que, mesmo impotente muitas vezes, servirá de diretriz para casos futuros. Mas este será assunto para um próximo escrito.

Referências bibliográficas

AMARAL, Francisco. *Introdução ao Direito Civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ARANTES, Jorge. *Pequeno dicionário crítico:* histórico, geográfico, econômico, político e social. Rio de Janeiro: Interciência, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 6. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2012.

BERMAN, Harold. *Direito e revolução*. Tradução: Eduardo Takemi Kataoka. São Leopoldo, RS: Unisinos, 2004.

CITADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 36.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução: João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

LIMA, Manoel de Oliveira. *D. João VI no Brasil*. 3ªed. Rio de janeiro: Top books: 1996.

LOPES, José Reinaldo de Lima; QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo; ACCA, Thiago dos Santos. *Curso de História do Direito*. 2. ed. São Paulo: Método, 2009.

MAIA, Antônio Cavalcante. *As transformações dos sistemas jurídicos contemporâneos*: apontamentos acerca do neoconstitucionalismo. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em: 18/03/2012.

PEIXINHO, Manoel Messias. *As teorias e os métodos da interpretação aplicados aos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*: parte geral. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SGARBI, Adrian. *Clássicos da Teoria do Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*: tomo 2. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

WEHLING, Arno; WEHLING, Maria José. *Direito e Justiça no Brasil Colonial*: o Tribunal da Relação do Rio de Janeiro (1751-1808). Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

em: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em: 18/03/2012.

AFERIÇÃO DA PROPORCIONALIDADE DA PENA COMINADA À INFRAÇÃO PENAL: UMA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE (IN)CORRETA

(Gauging the proportionality of penalty imposed for a criminal offense: a constitutionally (in)correct interpretation)

EMERSON GARCIA*

Sumário: 1 Introdução. 2 A estruturação da norma penal incriminadora. 3 Aferição da constitucionalidade do preceito secundário da norma penal incriminadora. 4 Consequências da inconstitucionalidade do preceito secundário. 5 Epílogo. Referências bibliográficas.

Contents: 1 Introduction. 2 The structuring of criminal standard. 3 Gauging the constitutionality of secondary precept of criminal standard. 4 Consequences of the unconstitutionality of the secondary precept. 5 Epilogue. References.

Resumo: O presente estudo busca demonstrar a inconsistência metódica da tese de que o julgador, ao aferir a proporcionalidade da pena cominada à infração penal imputada ao réu, deve compará-la às penas cominadas a outras infrações penais. Ato contínuo, constatando que a pena cominada a outra conduta, que afronta bem jurídico similar, foi definida em patamares inferiores, deveria aplicá-la ao réu. A invocação dos referenciais de igualdade e de proporcionalidade mostra-se absolutamente incompatível com a função desempenhada pelo intérprete, que não pode estruturar a norma incriminadora, bipartida que é em preceitos primário e secundário, utilizando, como base de desenvolvimento de sua atividade intelectiva, enunciados linguísticos inseridos em dispositivos diversos, que somente poderiam dar origem a normas diversas, isso em razão da indissolubilidade do binômio conduta-pena.

Abstract: This study aims to demonstrate the methodical inconsistency of the argument that the judge, to assess the proportionality of the penalty imposed for a criminal offense, must compare it to the penalties prescribed for other criminal offenses. Immediately thereafter, noting that the penalty imposed for other similar conduct was

* Pós-Doutorando, Doutor e Mestre em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Lisboa. Especialista em *Education Law and Policy* pela *European Association for Education Law and Policy* (Antuérpia - Bélgica) e em Ciências Políticas e Internacionais pela Universidade de Lisboa. Membro do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Consultor Jurídico da Procuradoria-Geral de Justiça e Diretor da Revista de Direito. Consultor Jurídico da Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP). Membro da *American Society of International Law* e da *International Association of Prosecutors* (Haia - Holanda).

set at lower levels, should apply it to the defendant. The invocation of equality and proportionality is absolutely incompatible with the function of the interpreter, that can not structure the criminal standard, which is divided into primary and secondary precepts, using as a basis for developing their intellectual activity set language expressions presents in many devices which could only lead to various standards, that because of the indissolubility of the relations between conduct and penalty.

Palavras-chave: norma penal, pena, proporcionalidade, igualdade, interpretação.

Keywords: criminal standard, penalty, proportionality, equality, interpretation.

1 Introdução

Não tem sido incomum, ao menos nas instâncias ordinárias do Poder Judiciário, conferir-se algum prestígio à tese de que o julgador, ao aferir a proporcionalidade da pena cominada à infração penal imputada ao réu, deve compará-la às penas cominadas a outras infrações penais. Ato contínuo, constatando que a pena cominada a outra conduta, que afronta bem jurídico similar, foi definida em patamares inferiores, seria possível aplicá-la ao réu.

Um exemplo certamente facilitará a compreensão da essência dessa temática. O preceito secundário do § 2º do art. 184 do Código Penal, com a redação dada pela Lei nº 10.695/2003, cominou a pena de 2 (dois) a 4 (quatro) anos de detenção e multa para a prática de condutas que consubstanciam violação à propriedade imaterial de fonogramas. Com isso, segundo alguns, teria afrontado os princípios constitucionais da igualdade e da proporcionalidade, isso porque a Lei nº 9.609/1998, em seu art. 12, §§ 1º e 2º, comina pena de 1 (um) a 4 (quatro) anos para condutas similares praticadas em detrimento de programas de computador. Não haveria razão, portanto, para o tratamento diferenciado. Como desdobramento, dever-se-ia aplicar essa última pena ao réu que fosse condenado pela prática da infração penal tipificada no § 2º do art. 184 do Código Penal. Será justamente esse exemplo que servirá de norte em nossas considerações.

Essa linha argumentativa, historicamente, não tem encontrado ressonância na doutrina majoritária e na jurisprudência dos Tribunais Superiores.[1] Afinal, se o Poder Judiciário utilizar o preceito primário de

[1] A matéria é normalmente estudada no âmbito do *conflito de leis penais no tempo*, prevalecendo o entendimento de que, na verificação da lei penal mais favorável ao réu, a *lex mitior*, é inadmissível a combinação da lei anterior com a lei posterior, operação que conduziria a uma norma inédita, estranha àquela aprovada pelo Poder Legislativo. Daí o porque de Nélson Hungria ter censurado o *"hibridismo"* da terceira lei (1977: 120). Vide, ainda, Vincenzo Manzini (1981: 391), Anibal Bruno (1984: 270), Heleno Cláudio Fragoso (1985: 107) e Guilherme de Souza Nucci (2008: 64-65). Na jurisprudência: STF, 1ª T., HC nº 106.780/SP, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. em 26/11/2013, DJe de 12/02/2014; STJ, 6ª T., HC nº 104.409/MS, rel. Min. Rogério Schietti Cruz, j. em 21/11/2013, DJe de 10/12/2013; STJ, 6ª T., HC nº 174.573/SC, rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. em 29/08/2013, DJe de 12/09/2013; STJ, 3ª Seção, ED no

uma norma penal incriminadora e o preceito secundário de norma diversa, ele estará criando uma terceira norma, bem diferente das duas anteriores. Em consequência, será flagrante a violação aos princípios da legalidade e da separação dos poderes, isso porque os textos normativos de natureza penal devem ser veiculados em lei, a ser editada privativamente pelo Congresso Nacional (CR/1988, arts. 2º; 5º, XXXIX; 22, I; 48, *caput*; e 62, § 1º, I, b). Sempre considerei essa conclusão persuasiva o suficiente para tornar desnecessárias novas incursões nessa temática.

O problema é que, vez ou outra, ainda é suscitada a tese, movida por uma visão destorcida da teoria do garantismo penal,[2] que admite uma espécie de "vale tudo" hermenêutico na aplicação do direito penal e do direito processual penal. Para tanto, são invocadas construções contemporâneas, com grande prestígio na seara do direito constitucional, como as ideias de proporcionalidade e igualdade, com o objetivo de demonstrar que suas conclusões são meros desdobramentos dos direitos fundamentais. Em consequência, seriam relegadas a plano secundário as normas de organização do poder estatal, com especial ênfase para os princípios da legalidade e da separação dos poderes.

REsp. nº 1.094.499/MG, rel. Min. Felix Fischer, j. em 24/03/2010, DJe de 18/08/2010. O Supremo Tribunal Federal também já decidiu pela impossibilidade de aplicar-se, ao furto qualificado pelo concurso de agentes (CP, art. 155, § 4º, IV), a fração prevista em lei para incidir no caso de roubo agravado por idêntica circunstância (CP, art. 157, § 2º, II), que aumentaria a pena cominada ao furto simples (2ª T., RE nº 634.601 AgR/SC, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. em 23/08/2011, DJ de 08/09/2011; 2ª T., HC nº 92.628/RS, rel. Min. Joaquim Barbosa, j. em 19/08/2008, DJ de 19/12/2008; e 2ª T., RE nº 358.315/MG, rel. Min. Ellen Gracie, j. em 12/08/2003, DJ de 19/09/2003). O Tribunal, no julgamento do RE nº 596.152/SP, com repercussão geral reconhecida, refinou o seu entendimento e admitiu, apenas, a combinação de leis, não de partes de normas específicas. Com isso, reconheceu a possibilidade de incidência da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006 sobre a pena base prevista no art. 12 da Lei nº 6.368/1976 (rel. p/acórdão Min. Ayres Britto, j. em 13/10/2011, DJe de 10/02/2012). Lê-se no voto do redator do acórdão: "*o que a nossa Constituição rechaça é a possibilidade de mistura entre duas normas penais que se contraponham, no tempo, sobre o mesmo instituto ou figura de direito*". Dentre aqueles que admitem a combinação de leis, merece referência a doutrina de José Frederico Marques (1997: 256-257). De acordo com ele, se o juiz pode escolher, entre duas séries de disposições legais, qual delas aplicar, não há óbice a que utilize partes de algumas delas. Afinal, a parte é um *minus* em relação ao todo. No mesmo sentido: Júlio Fabbrini Mirabete e Renato N. Mirabete (2011: 14). Não obstante a autoridade insuspeita do Mestre, o que ele não explica é como a parte de um comando legal pode subsistir fora do todo que lhe confere existência e individualidade. Entender o contrário seria o mesmo que afirmar ser juridicamente defensável o pinçamento de expressões ou palavras de uma disposição normativa, à revelia do órgão responsável pela produção legislativa, com o objetivo de individualizar normas de conduta.

[2] O neologismo *garantismo*, na percepção de Luigi Ferrajoli (2007: 194-196), indica a técnica de tutela dos direitos fundamentais, sejam direitos negativos, como os direitos de liberdade, sejam positivos, como os direitos sociais. Nesse sentido, a expressão *garantia constitucional* alcança tanto os direitos tutelados na Constituição como as próprias normas constitucionais que os contemplam, evitando a sua supressão do sistema. Acresce que o significado de *garantia* sofreu grande ampliação no direito penal, marcadamente na cultura jurídica italiana dos anos setenta e oitenta, ao insurgir-se contra a legislação e a jurisprudência de emergência, que enfraqueceram ainda mais o já fraco sistema de garantias do devido processo legal. O garantismo, de um modo geral, se opõe a qualquer concepção "*fondata sull'idea onirica di un 'pottere buono' o comunque di una spontanea osservanza del diritto e dei diritti.*" É perceptível que a *ratio essendi* do garantismo é a de permitir a coexistência da esfera jurídica individual e do poder estatal, ambos delimitados pela ordem jurídica, não desconstruir ou inviabilizar o exercício deste último.

A atualidade do tema ficou bem explicitada no Recurso Especial nº 1.050.890/PR, julgado pela 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça em 13 de dezembro de 2011. No caso concreto, o juiz de 1ª instância considerou o réu culpado pela prática do crime de importação ilegal de medicamentos, tipificado no art. 273, § 1º-B, I, V e VI, do Código Penal, com pena cominada de 10 (dez) a 15 (quinze) anos de reclusão. Apesar disso, aplicou a pena do crime de contrabando, tipificado no art. 334, *caput*, do Código Penal, que prevê a pena mínima de 1 (um) ano e a máxima de 4 (quatro) anos de reclusão. O Tribunal Regional Federal da 4ª Região, seguindo o exemplo do juízo *a quo*, decidiu usar a pena do tráfico ilícito de substâncias entorpecentes, tipificado no art. 12 da Lei nº 6.368/1976, que oscilava entre 3 (três) e 15 (quinze) anos de reclusão. De acordo com o Tribunal, "*[e]mbora grave o delito, a importação de medicamento proibido, não pode gerar pena desproporcional, no caso de não ter ocorrido maior dano à sociedade. Aplicação da pena prevista para o tráfico de entorpecentes cuja sanção mais se amolda ao crime cometido*". Como o Ministério Público resignou-se com a aplicação de pena diversa e recorreu com o objetivo de que fosse aplicada a causa de aumento de pena do art. 40, I, da Lei nº 11.342/2006, o Superior Tribunal de Justiça negou provimento ao recurso especial sob o argumento de que a legislação do tráfico ilícito de substâncias entorpecentes era inaplicável à hipótese. Em consequência, deu provimento ao recurso do réu para restabelecer a sentença, que também aplicara pena cominada a crime diverso. É fácil perceber que, nessa relação processual, os erros superaram os acertos. Quem errou por último foi o próprio Superior Tribunal de Justiça. Afinal, ao invés de restabelecer uma sentença juridicamente insustentável, deveria ter concedido *habeas corpus* de ofício para anulá-la, determinando que outra fosse proferida.

Individualizado o problema, apresentaremos, em breves linhas, alguns argumentos suplementares a respeito da absoluta inconsistência da tese da combinatória de normas.

2 A estruturação da norma penal incriminadora

A norma jurídica, qualquer que seja ela, não se projeta no vazio e muito menos permanece adstrita aos recantos mais profundos do imaginário individual. Seu lugar é na realidade e é justamente a realidade que contribuirá para o seu delineamento. Ao falarmos da necessária inter-relação entre norma e realidade, devemos ter sempre em mente que ela não é um produto pronto e acabado, oferecido pela autoridade competente (*v.g.*: Poder Constituinte ou Poder Legislativo) e passível de ser tão somente apreendido pelo intérprete, que exerceria uma função de mero conhecimento. A norma, em verdade, é o resultado do processo de interpretação (Cf. MÜLLER, 2004: 258 e ss.). Cabe ao intérprete, no exercício de uma atividade de integração criativa, analisar o potencial semântico do texto e, a partir das peculiaridades do contexto, delinear o conteúdo normativo que deve atribuir-lhe. Sob essa perspectiva, qualquer deficiência normativa há de ser compreendida sob a ótica do enunciado linguístico objeto de interpretação, moldura que limita e dá sustentação à

atividade do intérprete, e sob o prisma da interpretação propriamente dita, o que inclui uma série de decisões metódicas, intratextuais e extratextuais, a cargo do intérprete.

O êxito de uma ordem jurídica será influenciado pela qualidade interna de suas regulamentações, pelas condições externas que permitam a sua realização e pela atividade desenvolvida pelo responsável pela individualização de suas normas. Na síntese de Häberle (2005: 685): "*[k]ein (rechtlicher) Text ohne Kontext*", "*kein (rechtlicher) Text ohne Auslegung*" ["não há texto (jurídico) sem contexto, não há texto (jurídico) sem interpretação"]. A ordem jurídica, aliás, pode ser vista como uma rede de inter-relações formada a partir da aproximação, de um lado, da linguagem textual, e, do outro, das forças de natureza social, econômica, política e moral (Cf. LEVI E WALKER, 1990: 6). Tal ocorre justamente porque as disposições normativas estão situadas em um contexto multidimensional, real e cambiante, o que permite sejam adjudicados significados dinâmicos a significantes estanques, resultado da ação de forças que determinam a natureza, o significado e os efeitos que os signos linguísticos produzirão no plano concreto (Cf. COULTHARD e JOHNSON, 2007: 48). A norma jurídica é essencialmente mutável. Afinal, entre o momento de sua edição pelo legislador e o momento em que é individualizada, é factível a possibilidade de o contexto social ter passado por diversas modificações (Cf. LAVAGNA, 1977: 40).[3]

Uma norma "ruim" tanto pode resultar de um enunciado linguístico ao qual somente possam ser atribuídos conteúdos considerados inadequados como ser fruto de uma interpretação insatisfatória, em que, dentre os conteúdos possíveis, o intérprete escolhe aquele menos benéfico ao cidadão. Em qualquer caso, o intérprete sempre estará sujeito aos balizamentos do texto normativo, o que é bem diferente da criação de um padrão normativo *ex novo*.

A atividade intelectiva desenvolvida pelo intérprete tomará como base a disposição normativa. Entende-se como tal a parte do texto normativo, que não se confunde com um fragmento, que preserva a sua autonomia gramatical quando dele destacada e que configura uma individualidade formal mínima (*v.g.*: o *caput* de um artigo ou um parágrafo). O texto é continente, a disposição é conteúdo. Disposição e texto carecem de interpretação. A norma resulta da interpretação.

Uma disposição normativa pode conduzir à formação de uma ou mais normas. No segundo caso, tal poderá ocorrer de modo *concorrente*, com a coexistência das normas, isso em decorrência da pluralidade de programas de normas, ou de modo *excludente*, fazendo que a prevalência de uma ou outra norma resulte da atividade do intérprete, o que se deve à existência de um único programa de norma e à potencialidade semântica dos conceitos empregados.

Não se ignora, é certo, a percepção de Crisafulli (1993: 47), que há muito observara que as "*disposições*" não se identificam necessariamente com "*artigos*" específicos ou com as partes internas desses "*artigos*" (incisos, parágrafos), responsáveis pela reunião topográfica e pela subdivisão das proposições

[3] Como afirmado por Walter Claudius Rothemburg (2010: 17), a Constituição, face à sua dimensão dinâmica, "*está mais para cinema do que para fotografia.*"

linguísticas que formam o ato normativo. "*Disposições juridicamente expressivas*" podem resultar do concurso de múltiplas proposições linguísticas, "*ainda que topograficamente separadas no texto do ato normativo*"; sendo ainda frequente que uma só proposição, gramatical e sintaticamente unitária (constante de um artigo, parágrafo ou inciso), resulte na formulação de múltiplas "*disposições*": com a interpretação dessas "*disposições*" se alcançará a "*norma*" (1993: 47-48). A possibilidade de mais de uma disposição normativa dar origem a uma única norma não decorre propriamente do arbítrio do intérprete, mas, sim, da evidente complementaridade que apresentam entre si, como ocorre no binômio regra e exceção. Daí a necessidade de serem interpretadas conjuntamente de modo a evitar a própria irrupção de antinomias no sistema, o que poderia ocorrer se as disposições fossem interpretadas de maneira isolada, dando origem a duas normas distintas.

Com os olhos voltados à disposição penal de natureza incriminadora, formada por um preceito primário, que descreve a conduta considerada ilícita, e por um preceito secundário, que comina a respectiva pena, é factível que a norma penal a ser encontrada, fruto do processo de interpretação, há de considerar os enunciados linguísticos ali existentes, isso sob pena de o intérprete desenvolver atividade outra que não a interpretação.

3 Aferição da constitucionalidade do preceito secundário da norma penal incriminadora

Na hipótese que norteia nossas breves considerações, afirma-se que o preceito secundário do § 2º do art. 184 do Código Penal, por cominar pena mínima mais severa que outra norma do sistema, seria inconstitucional. À luz desse quadro, duas soluções seriam possíveis aos olhos dos artífices da tese: (a) conferir interpretação conforme à Constituição ao § 2º do art. 184, daí resultando a aplicação do preceito secundário de outra norma incriminadora, *in casu*, o art. 12, §§ 1º e 2º, da Lei nº 9.609/1998; ou (b) repristinar a antiga redação do § 2º do art. 184, isso em razão da inconstitucionalidade da Lei nº 10.695/2003, que a alterou.

A primeira "solução" alvitrada, a de se realizar uma interpretação conforme à Constituição, é, no mínimo, inusitada. Assim se conclui por uma razão muito simples: a atividade realizada pelo intérprete, atribuindo significados dinâmicos a significantes estáticos, jamais pode desconsiderar os balizamentos semânticos e sintáticos oferecidos pelo texto interpretado. E, nesse particular, signos de representação numérica, como são aqueles que fixam limites máximos e mínimos para as penas cominadas, não oferecem qualquer margem de escolha para o intérprete. Perante o signo "dois" (anos de detenção) somente podemos alcançar o significado representativo "dois". Nesse caso, não se abrem vários significados possíveis, o que, por ululante consequência lógica, impede o intérprete de atribuir significado outro ao signo "dois" que não, com escusas pela repetição, o significado "dois". Como o signo "dois" não admite, concorrentemente, a depender dos circunstancialismos do caso concreto, os significados "um", "três" ou "quatro", não há qualquer

possibilidade de realizar-se uma interpretação conforme à Constituição, técnica que somente se compatibiliza com uma pluralidade de significados passíveis de serem reconduzidos a um único signo linguístico. Em situações dessa natureza, são preteridos os significados que afrontam a ordem constitucional, prestigiando-se aquele que com ela se harmoniza.

A segunda "solução" consiste no reconhecimento da inconstitucionalidade da alteração legislativa, com a correlata repristinação da redação anterior. Nesse particular, como dissemos, são dois os pilares de sustentação da referida inconstitucionalidade: a afronta aos princípios da igualdade e da proporcionalidade.

A primeira grande missão de comandos normativos que apregoem a igualdade é a de estruturar uma sociedade em que todos estejam seguros e tenham sua condição humana reconhecida. No pensamento cristão, o fato de todos os homens serem filhos de Deus, tendo a sua imagem e semelhança, serve de alicerce à universalidade dos direitos humanos e justifica a igualdade entre todos aqueles que aceitem a fé cristã. Como afirmou o Apóstolo Paulo, "*não há judeu nem grego, não há servo nem livre; não há macho nem fêmea; porque todos vóis sois um em Cristo Jesus*" (Gálatas, 3: 28).

Como regra geral, suprimem-se os tratamentos discriminatórios e apregoa-se a plena igualdade. A primeira parte do *caput* do art. 5º da Constituição de 1988, cópia quase literal do art. 3º da *Grundgesetz* alemã de 1949 ("*Alle Menschen sind vor dem Gesetz gleich*"), insere a igualdade no primeiro plano do rol dos direitos fundamentais, claro indicativo de sua extensão e importância. Em outras palavras, todos possuem esses direitos, não castas ou parcelas específicas do grupamento. Além dessa técnica, não é incomum a preocupação com a inserção de regras específicas que reforçam a igualdade de pessoas ou grupos tradicionalmente discriminados, como é o caso (1) do art. 5º, I, da Constituição de 1988, que dispõe sobre a igualdade entre homens e mulheres, (2) do art. 7º, XXX, que versa sobre a "*proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil*" e (3) do art. 226, § 6º, que reconheceu a igualdade entre filhos biológicos e adotivos, até então discriminados pela legislação civil.

À regra geral da igualdade, no entanto, costumam ser opostas exceções, sendo restringida a esfera jurídica de certos grupos ou pessoas em razão de fatores puramente objetivos ou como decorrência de atos imputáveis à própria pessoa. A racionalidade e justiça dessas discriminações e, por via reflexa, a preservação da dignidade humana, sem subjetivismos inconsequentes, são alguns dos grandes desafios do mundo contemporâneo. Qualquer *plus* pode redundar em evidente menosprezo à condição de ser humano, qualquer *minus* em nivelamento de indivíduos que se encontram em situação diversa e que não devem ser igualados aos demais. No plano das exceções objetivas à igualdade, merece menção, no direito brasileiro, a ausência de capacidade eleitoral passiva dos analfabetos, que não podem candidatar-se a qualquer cargo eletivo (art. 14, § 4º, da CR/1988). Em relação às exceções consequenciais, que restringem a esfera jurídica do indivíduo em decorrência

de seus próprios atos, podem ser mencionadas as reprimendas decorrentes do direito sancionador, como a privação da liberdade e a suspensão dos direitos políticos (art. 15, III, da CR/1988). Nesse caso, os demais cidadãos são livres e estão no pleno gozo dos direitos políticos, o que aponta para uma situação de (temporária) desigualdade.

Na hipótese em tela, argumenta-se com a inconstitucionalidade da pena cominada à falsificação de fonogramas por ser mais severa que aquela cominada à falsificação de programas de computador. Essa conclusão, conquanto respeitável, já que fruto da dialética processual, é certamente açodada e pouco técnica.

Como é intuitivo, a existência de referenciais de análise que possuam a mesma essência é requisito indispensável a qualquer estudo relacionado à igualdade de direitos e deveres. A partir daí, parte-se para uma aferição comparativa, permitindo seja identificado em que medida as semelhanças se manifestam e quais os bônus ou ônus delas decorrentes. Para tanto, é necessário isolar as características relevantes, decisivas e umbilicalmente conectadas a uma dada consequência jurídica, o que pressupõe a correta identificação dos objetivos da norma, e proceder à comparação: o equívoco na individualização dessas características ou a incorreta associação entre característica e consequência jurídica, conferindo demasiada importância a um aspecto destituído de toda e qualquer importância, certamente conduzirão a uma manifesta injustiça. Identificada a não uniformidade das características relevantes, será evidente a correção do tratamento diferenciado. Não obstante a simplicidade dessa conclusão, não raro ainda serão necessários juízos valorativos extremamente delicados em relação à justa medida desse tratamento diferenciado, o que exigirá o emprego de um critério de proporcionalidade.

Não se ignora, é certo, que fonogramas e programas de computador são espécies do gênero propriedade imaterial. Também merece lembrança que um Honda Civic com motor 2.0 e um Gol com motor 1.0 são espécies do gênero automóvel. Ou, mesmo, que caviar e fubá são espécies de gênero alimentício. No entanto, pergunta-se: todas as espécies pertencentes a um mesmo gênero devem receber tratamento idêntico? Serão inconstitucionais as normas que impõem tratamento tributário mais severo ao Honda Civic e ao caviar quando cotejados com outras espécies do mesmo gênero?

A simples constatação de que certas individualidades pertencem ao mesmo gênero, conquanto demonstre uma igualdade de essência, não afasta a possibilidade de, em círculos mais estreitos de análise, serem identificadas dissonâncias que justifiquem o tratamento diferenciado. O problema central (*zentrale Problem*), como observam Christian Starck e Thorsten Ingo Schmidt (2008: 144), é identificar as características relevantes que permitem o tratamento diferenciado: no seu exemplo, conquanto seja plenamente justificável a existência de tratamento tributário diferenciado em relação às vacas e aos cachorros, pois as primeiras são animais úteis (*Nutztiere*) e os últimos animais domésticos (*Haustiere*), o mesmo não ocorreria se a distinção recaísse sobre cachorros e gatos, ambos pertencentes ao mesmo gênero doméstico.

Volvendo à hipótese em tela, pode-se afirmar que fonogramas e programas de computador pertencem ao gênero da propriedade industrial. No entanto, se descermos a círculos mais estreitos de análise, constatamos que a sua produção segue distintos processos de criação e técnicas diversificadas, o que, por si só, já seria suficiente para distingui-los. Além disso, é factível que esses produtos exercem influência distinta na indústria nacional e produzem efeitos diversos nas relações mantidas pela República Federativa do Brasil com os seus parceiros comerciais. Constatando-se que não são "a mesma coisa", a quem compete definir, *in abstrato*, o tratamento jurídico a ser dispensado a essas individualidades no plano jurídico-sancionador? Ao legislador ou ao juiz? Em um Estado Democrático de Direito, juízos valorativos dessa natureza hão de ser primordialmente realizados pelo legislador.

O que vem de ser dito em relação à igualdade termina por influenciar as conclusões quanto à alegada afronta à proporcionalidade. Se os objetos tutelados pela norma penal não se identificam, é factível que as penas cominadas hão de ser diferenciadas. Especificamente em relação ao nosso exemplo, é por demais difícil identificar excesso na pena de 2 (dois) a 4 (quatro) anos de detenção pela singela razão de a pena mínima, em outros tipos do sistema, ser de 1 (um) ano.

O critério de proporcionalidade, cuja funcionalidade básica é a de estabelecer limites às restrições aos direitos fundamentais, como sói ser o direito de liberdade, tem sido objeto de amplos estudos pelos juristas contemporâneos.[4] Em verdade, há muito desempenha importante papel no âmbito do direito penal, consagrando o entendimento de que as penas devem ser proporcionais à gravidade dos crimes praticados. O critério de proporcionalidade impõe a obrigação de o Poder Público utilizar meios adequados e interdita o uso de meios excessivos.

De forma lenta e progressiva, o critério de proporcionalidade foi transportado para os domínios do direito constitucional, seara em que é intensamente utilizado na garantia dos direitos fundamentais, impedindo que a produção normativa do Estado avance na desarrazoada limitação desses direitos e termine por abalar o próprio alicerce legitimador de sua existência. Essa migração para o direito constitucional pode ser explicada pelo fato de, em um primeiro momento, ter-se visto a liberdade valorativa do legislador como juridicamente ilimitada, concepção que derivava diretamente da ideia de soberania popular. Enquanto o legislador se mantivesse adstrito aos limites de suas competências constitucionais, poderia fazer o que melhor lhe aprouvesse, sem qualquer limitação. Paulatinamente, no entanto, foi identificada a necessidade de serem instituídos critérios limitadores do espaço de conformação dos órgãos legiferantes, criando uma verdadeira "*proibição de excesso*" (J. J. GOMES CANOTILHO, 2001: 198). Como anota Heinrich Scholler (1999: 96), essa transformação, para muitos, significa "uma evolução do princípio da 'reserva de lei' (*Vorbehalt des Gesetzes*) para o princípio da 'reserva de lei proporcional' (*Vorbehalt des verhältnismässigen Gesetzes*)". Prossegue afirmando que "*no momento em que se reconheceu o princípio da reserva legal como sendo o da reserva da lei proporcional, passou a ser admitida a possibilidade de*

[4] Remetemos o leitor às considerações que realizamos a respeito do tema na obra Conflito entre Normas Constitucionais: Esboço de uma Teoria Geral (2007: 348 e ss.), da qual reproduzimos alguns excertos.

impugnação e eliminação não apenas das medidas administrativas desproporcionais, mas também das leis que, ofensivas à relação entre os meios e os fins, estabelecem restrições aos direitos fundamentais".

Mesmo que o legislador atue no espaço de conformação deixado pela Constituição, pode o Judiciário identificar e coibir os excessos, muitas vezes ínsitos em normas harmônicas com a letra, mas contrárias à essência da Constituição. Assim ocorre porque o critério de proporcionalidade é inerente à concepção de Estado de Direito, podendo ser igualmente visto como exigência metódica afeta a qualquer sistema jurídico.

Partindo-se da concepção atualmente difundida entre os publicistas germânicos, pode-se dizer que determinado ato normativo estará em harmonia com o critério de proporcionalidade em sendo observados os seus três elementos constitutivos: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.[5]

Consoante o primeiro elemento, a norma deve ser apta a alcançar a consecução do interesse público, o que denota ser imprescindível a presença de uma relação de adequação entre o meio utilizado e o fim visado, importando em nítida vedação ao arbítrio. Nesse passo, é analisada unicamente a adequação da norma, não sendo o momento oportuno para a valoração da eficácia do meio escolhido ou o grau de restrição aos direitos do cidadão, o que será objeto de aferição específica sob a ótica da necessidade.

Observe-se, ainda, que a relação meios/fins (*Zweck-Mittel*) apresentará nuances distintas nas esferas legislativa e jurisdicional, pois à primeira é conferida maior liberdade de conformação, o que é justificável por adotar medidas em relação a situações de risco potencial e abstrato, enquanto o juiz, em regra, atua frente a situações atuais e concretas.

A norma será necessária quando não exceder os limites indispensáveis à consecução do objetivo almejado, devendo-se preferir o meio menos lesivo aos direitos fundamentais. Em havendo possibilidade de escolha de outro meio, com idêntica eficácia, passível de impor menores limitações aos direitos individuais, a norma não será necessária e, consequentemente, será desproporcional.[6] Na observação de Scholler (1999: 99), *"a adequação representa a relação com a realidade empírica e deveria ser aferida em primeiro lugar, ainda que o critério da necessidade tenha a melhor relevância jurídica. Meios que são adequados podem, mas não precisam ser necessários. Em contrapartida, meios necessários serão sempre adequados".*

[5] Como frisou Robert Alexy, as três máximas fundamentais que informam o critério de proporcionalidade, adequação, necessidade (postulado do meio mais benigno) e proporcionalidade em sentido estrito (postulado de ponderação propriamente dito) são logicamente inferidas da própria natureza do princípio, dele deduzindo-se (1994: 101-104; e 2005: 572-573). No mesmo sentido: Valérie Goesel-Le Bihan (2001: 68; e 1997: 232).

[6] À necessidade ou exigibilidade da norma, de acordo com Canotilho (2003: 270), devem ser acrescentados *"outros elementos conducentes a uma maior operacionalidade prática: a) a exigibilidade material, pois o meio deve ser o mais 'poupado' possível quanto à limitação dos direitos fundamentais; b) a exigibilidade espacial aponta para a necessidade de limitar o âmbito da intervenção; c) a exigibilidade temporal pressupõe a rigorosa delimitação no tempo da medida coactiva do poder público; d) a exigibilidade pessoal significa que a medida se limitará à pessoa ou pessoas cujos interesses devem ser sacrificados".*

Por último, deve ser verificada a proporcionalidade em sentido estrito, nítido mandamento de ponderação, indicativa de que quanto maior for a afetação produzida pela medida ou pela conduta na esfera de um princípio, maior ou mais urgente deve ser a necessidade de realizar o princípio a que se atribuiu preeminência (Cf. LUIS PRIETO SANCHIS, 2003: 202). A constrição imposta pela norma deve ser inferior ao benefício que se pretenda obter com a sua edição, sob pena de infração ao critério de proporcionalidade e consequente inconstitucionalidade.

Não basta que a norma seja adequada e necessária à satisfação de determinado direito, sendo imprescindível a comprovação, a partir de um exercício de ponderação, que a opção pelo direito preferente oferece maiores vantagens que a carga coativa imposta ao direito preterido, o que exige sejam ambos identificados, delimitados e sopesados, permitindo a verificação da proporcionalidade da medida adotada. A atuação que afete um princípio constitucional deve mostrar-se consistente com o bem ou a finalidade perseguida por outra norma; demonstrada a inadequação, a atuação será indiferente a uma norma e lesiva a outra, o que exclui a legitimidade da intervenção (Cf. LUIS PRIETO SANCHIS, 2003: 200).

No âmbito do controle de constitucionalidade, o critério de proporcionalidade pode ser igualmente utilizado como um princípio de interpretação da norma, possibilitando a sua adequação ao texto constitucional sem a supressão, parcial ou total, do texto. Em sendo admitidas várias interpretações, à disposição normativa deve ser dispensada aquela que se mostre compatível com a Constituição. Nessa seara, o papel desempenhado pela proporcionalidade assume relevância ímpar, possibilitando a compatibilização de diversas normas constitucionais – dentre as quais é cediço inexistir hierarquia – que simultaneamente projetem os seus efeitos sobre determinado caso concreto, o que lhe confere maior densidade e retira o livre arbítrio do operador do direito.

É constantemente invocado o argumento de que a adoção do critério de proporcionalidade importaria no surgimento da "justiça do caso concreto", comprometendo a segurança jurídica que emana das normas *in abstrato* e desestabilizando o próprio princípio da separação dos poderes.

A crítica não é desarrazoada, sendo flagrante o risco de abusos por magistrados que resolvam se autoinvestir na função de "legisladores do caso concreto", o que bem demonstra a necessária prudência que deve nortear a sua utilização, sempre visando a conter a sua desmesurada e irresponsável expansão.[7] Apesar da aparente fluidez do princípio, sua aplicação, ainda que riscos de abusos existam, não pode ser descartada, pois entendimento contrário culminaria em deflagrar uma nítida involução para o positivismo legalista, retirando o respeito aos direitos fundamentais do ponto nuclear da ordem jurídica e relegando o respeito ao princípio da constitucionalidade, importante conquista civilizatória, a plano secundário.

[7] Como assinala Humberto Ávila, o âmbito de controle do Poder Judiciário e a necessidade de justificação das restrições impostas a um direito fundamental serão tanto menores quanto mais "*(1) duvidoso for o efeito futuro da lei; (2) difícil e técnico for o juízo exigido para o tratamento da matéria; (3) aberta for a prerrogativa de ponderação atribuída ao Poder Legislativo pela Constituição*" (2005: 126).

Como não poderia deixar de ser, não há interdição à aferição da proporcionalidade das restrições impostas à esfera jurídica individual na esfera penal. A respeito da transposição dos elementos constitutivos do critério de proporcionalidade à seara penal, reportamo-nos à bela monografia de Teresa Aguada Correa, intitulada *El Principio de Proporcionalidad en Derecho Penal*, que oferece denso alicerce teórico aos juízos valorativos realizados pelo Poder Judiciário, isso em razão da amplitude do tema e dos limites imanentes destas breves linhas.[8]

4 Consequências da inconstitucionalidade do preceito secundário

Não é de excluir-se a possibilidade de as escolhas do legislador serem manifestamente inconstitucionais. Seria o caso, ainda com os olhos voltados ao nosso exemplo, de serem cominadas penas mais severas à falsificação de fonogramas de música sertaneja que aquelas cominadas às falsificações de música clássica. Nesse caso, as características relevantes são, de fato, idênticas, de modo que somente em situações excepcionalíssimas, portanto, com maior ônus argumentativo para o intérprete, seria possível justificar a distinção de tratamento.

Com todas as vênias daqueles que encampam entendimento diverso, cremos que o legislador infraconstitucional, ao definir a reprimenda cominada no § 2º do art. 184 do Código Penal, simplesmente fez uso da liberdade de conformação que encontra sustentação última em sua legitimidade democrática.

A legislação penal, aliás, é pródiga em tratamentos diferenciados. Infrações penais praticadas em detrimento de mulheres, crianças e idosos podem redundar em penas mais severas. Também a condição da vítima pode influir na definição do legitimado à propositura da ação penal. Essas situações também configurariam violação à regra da igualdade? Note-se que os prosélitos da inconstitucionalidade da pena cominada no § 2º do art. 184 do Código Penal normalmente deixam de observar que a legitimidade para o ajuizamento da ação penal é diversa em relação àquela estabelecida pelo § 3º do art. 12 da Lei nº 9.609/1998. Lá exige-se a denúncia, aqui, a queixa. *Ibi eaden ratio...* .

Todo e qualquer sistema jurídico subsiste na diversidade, o que exige grande cautela dos órgãos jurisdicionais, evitando identificar igualdades inexistentes ou desigualdades pretendidas. Se, mesmo com todas as cautelas possíveis, forem identificadas afrontas à igualdade e à proporcionalidade, a solução será reconhecer a inconstitucionalidade da norma penal incriminadora, não colher-se partes de outras disposições normativas e "montar" uma nova norma penal incriminadora ao sabor das conveniências do intérprete.

5 Epílogo

A norma penal incriminadora, a exemplo de toda e qualquer norma infraconstitucional, deve estar em harmonia com a Constituição, o que, considerando a finalidade dos direitos fundamentais, confere especial realce às noções de igualdade e proporcionalidade.

[8] Seguindo os alicerces estruturais traçados pela autora espanhola, vide, na doutrina nacional, o trabalho de Michael Schneider Flach (2011: 157 e ss.).

Ressalte-se que o contorno jurídico da igualdade não pode ser construído a partir de círculos generalíssimos, desconsiderando as especificidades dos objetos comparados. Em relação à proporcionalidade, o delineamento da norma proibitiva implícita no tipo penal e a cominação da respectiva sanção estão sujeitas à liberdade de conformação do legislador, que realiza os juízos valorativos que lhe são próprios. Infirmar esses juízos valorativos, conquanto juridicamente viável, é tarefa de difícil realização no plano pragmático, mas nem por isso estranha ao *munus* funcional do Poder Judiciário.

O que se mostra absolutamente incompatível com a função desempenhada pelo intérprete é a estruturação de uma norma incriminadora, bipartida que é em preceitos primário e secundário, utilizando, como base de desenvolvimento de sua atividade intelectiva, enunciados linguísticos inseridos em dispositivos diversos, que somente poderiam dar origem a normas diversas, isso em razão da indissolubilidade do binômio conduta-pena.

Referências bibliográficas

AGUADO CORREA, Teresa. *El Principio de proporcionalidad en Derecho Penal*. Madrid: EDERSA, 1999.

ALEMANHA. *Das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, von 23. Mai 1949. Disponível em http://www.bundestag.de/bundestag/aufgaben/rechtsgrundlagen/grundgesetz/index.html.

ALEXY, Robert. *Balancing, constitutional review, and representation, in International Journal of Constitutional Law*, vol. 3, nº 4, p. 572-581, 2005.

_____. *Theorie der Grundrechte*. Baden-Baden: Suhrkamp Verlag, 1994.

ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios* – da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4ª ed, 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Diário Oficial da União. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

_____. Decreto-Lei nº 2848. Código Penal. De 07 de dezembro de 1940. Diário Oficial da União. Brasília, 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 31 de julho de 2011.

_____. Lei nº 6.368/1976. Brasília, 21 out. 1976. Diário Oficial da União. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6368.htm>. Acesso em: 24 de março de 2014.

_____. Lei nº 9.609/1998. Brasília, 19 fev. 1998. Diário Oficial da União. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9609.htm>. Acesso em: 24 de março de 2014.

_____. Lei nº 10.695/2003. Brasília, 1º jul. 2003. Diário Oficial da União. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.695.htm>. Acesso em: 24 de março de 2014.

_____. Lei nº 11.342/2006. Brasília, 18 ago. 2006. Diário Oficial da

União. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11342.htm>. Acesso em: 24 de março de 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 104.409/MS. Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz. Brasília, 10 dez. 2013. Diário de Justiça Eletrônico. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=%28%22ROGERIO+SCHIETTI+CRUZ%22%29.min.&processo=104409&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 24 de março de 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 174.573/SC. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior. Brasília, 12 set. 2013. Diário de Justiça Eletrônico. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=%28%22ROGERIO+SCHIETTI+CRUZ%22%29.min.&processo=104409&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 24 de março de 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.050.890/PR. Relator: Ministro Jorge Mussi. Brasília, 02 fev. 2012. Diário de Justiça Eletrônico. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=1050890&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 24 de março de 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental em recurso extraordinário criminal nº 634.601 AgR/SC. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, 08 set. 2011. Diário de Justiça Eletrônico. Disponível em: < http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28634601%2ENUME%2E+OU+634601%2EACMS%2E%29+%28%28RICARDO+LEWANDOWSKI%29%2ENORL%2E+OU+%28RICARDO+LEWANDOWSKI%29%2ENORV%2E+OU+%28RICARDO+LEWANDOWSKI%29%2ENORA%2E+OU+%28RICARDO+LEWANDOWSKI%29%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/o6fs9bv>. Acesso em: 24 de março de 2014.

_____. Supremo Tribunal de Justiça. Embargo de Divergência em Recurso Especial nº 1.094.499/MG. Relator: Ministro Felix Fischer. Brasília, 18 ago. 2013. Diário de Justiça Eletrônico. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=%28%22FELIX+FISCHER%22%29.min.&processo=1094499&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 24 de março de 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 106.780/SP. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, 12 fev. 2014. Diário de Justiça Eletrônico. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28106780%2ENUME%2E+OU+106780%2EACMS%2E%29+%28%28RICARDO+LEWANDOWSKI%29%2ENORL%2E+OU+%28RICARDO+LEWANDOWSKI%29%2ENORV%2E+OU+%28RICARDO+LEWANDOWSKI%29%2ENORA%2E+OU+%28RICARDO+LEWANDOWSKI%29%2EACMS%2E%29%28%40JULG+%3E%3D+20131126%29%28%40JULG+%3C%3D+20140212%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/nswhzdp>. Acesso em: 24 de março de 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 92.628/RS.

Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Brasília, 19 dez. 2008. Diário de Justiça Eletrônico. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2892628%2ENUME%2E+OU+92628%2EACMS%2E%29+%28%28JOAQUIM+BARBOSA%29%2ENORL%2E+OU+%28JOAQUIM+BARBOSA%29%2ENORV%2E+OU+%28JOAQUIM+BARBOSA%29%2ENORA%2E+OU+%28JOAQUIM+BARBOSA%29%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/p5c2mbf>. Acesso em: 24 de março de 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 92.628/RS. Relator: Ministro Ellen Gracie. Brasília, 19 set. 2003. Diário de Justiça Eletrônico. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28358315%2ENUME%2E+OU+358315%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/otfsfcy>. Acesso em: 24 de março de 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 596.152/SP. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, 13 fev. 2012. Diário de Justiça Eletrônico. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28596152%2ENUME%2E+OU+596152%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/qec53lb >. Acesso em: 24 de março de 2014.

BRUNO, Aníbal. *Direito Penal*, Parte Geral, Tomo I. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador. Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

_____. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.

COULTHARD, Malcolm e JOHNSON, Alison. *An introduction to forensic linguistics: language in evidence*. New York: Routledge, 2007.

CRISAFULLI, Vezio. *Lezioni di Diritto Costituzionale*, vol. II, t. I. 6ª ed. Milano: CEDAM, 1993.

FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, vol. I. Roma: Laterza, 2007.

FLACH, Michael Schneider. *O Princípio da Proporcionaldiade como Limite penal*, in Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul nº 68, jan.-abr./2011, p. 157.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

GARCIA, Emerson. *Conflito entre Normas Constitucionais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____. Proteção e Inserção da Mulher no Estado de Direito, in *Revista Brasileira de Direito Constitucional* nº 12, jul.-dez./2008, p. 119.

GOESEL-LE BIHAN, Valérie. *Le controle exercé par le conseil constitutionnel:* défense et illustration d'une théorie générale, in *Revue Française de Droit*

Constitutionnel nº 45, p. 67-83, 2001.

_____. *Réflexion iconoclaste sur le contrôle de proporcionalité exercé par le Conseil constitutionnel,* in *Revue Française de Droit Constitutionnel* nº 30, p. 227-267, 1997.

HÄBERLE, Peter. *Function und Bedeutung der Verfassungsgerichte in vergleichender Perspektive,* in *Europäische Grundrechte Zeitschrifft* 32. Jg. Heft 22-23, 2005, p. 685.

HUNGRIA, Nélson. Comentários ao Código Penal, Vol. I, T. I. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

LAVAGNA, Carlos. *Costituzione e socialismo.* Bologna: Il Mulino, 1977.

LEVI, Judith N., WALKER, Anne Graffam. *Language in the judicial process,* vol. 5 de *Law, Society and Policy.* New York: Plenum Press, 1990.

MANZINI, Vincenzo. *Trattato di Diritto Penale Italiano,* vol. I. 4ª ed. Torino: UTET, 1981.

MARQUES, José Frederico. Tratado de Direito Penal, vol. I. Campinas: Bookseller, 1997.

MIRABETE, Júlio Fabbrini e MIRABETE, Renato N.. *Código Penal Interpretado.* 7ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2011.

MÜLLER, Friedrich. *Juristische Methodik, Band I: Grundlagen Öffentliches Recht.* Berlin: Duker & Humbolt, 9ª ed., 2004.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado.* 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PRIETO SANCHIS, Luis. *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales.* Madrid: Editorial Trotta, 2003.

ROTHEMBURG, Walter Claudius. *Direito Constitucional.* São Paulo: Editora Verbatim, 2010.

SCHOLLER, Heinrich. *O Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional e Administrativo da Alemanha.* Trad. de SARLET, Ingo Wolfgang. In Revista Interesse Público, nº 2, p. 93-107, 1999.

STARCK, Christian e SCHIMIDT, Thorsten Ingo. *Staatsrecht.* 2ª ed. München: Verlag C.H. Beck München, 2008.

O PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL NO DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO

GUSTAVO TEPEDINO*

SUMÁRIO: 1 Constitucionalização do direito civil e análise funcional dos institutos. 2 A função social e a autonomia privada. 3 A função social e o exercício da propriedade. 4 Conclusão.

1 Constitucionalização do direito civil e análise funcional dos institutos

Nas últimas décadas, o direito civil assistiu ao deslocamento de seus princípios fundamentais do Código Civil para a Constituição, em difusa experiência contemporânea, da Europa Continental à América Latina. Tal realidade, vista por muitos com certa desconfiança, na tentativa de reduzi-la a fenômeno de técnica legislativa – ou mesmo à mera atecnia –, revela processo de profunda transformação axiológica, em que a autonomia privada passa a ser remodelada por valores não patrimoniais, de cunho existencial, inseridos na noção de *ordem pública constitucional*.[1]

Nesse contexto, a promulgação da Constituição brasileira de 1988 veio a exigir que os institutos do direito civil (como propriedade, empresa, família e contratos) fossem funcionalizados à plena realização da dignidade da pessoa humana – princípio alçado pelo constituinte à categoria de fundamento da República[2] – em prol da construção de uma sociedade livre, justa e solidária, objetivo central da nova ordem constitucional.[3]

A dignidade da pessoa humana constitui cláusula geral, remodeladora da dogmática do direito civil brasileiro, e principal elemento normativo para a promoção dos valores existenciais. Opera-se, em decorrência do princípio, a

* Professor Titular de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ).

[1] Conforme se expôs em outra sede: "Entre controvérsias, aplausos e objeções, o direito civil assistiu ao deslocamento de seus princípios fundantes, do Código Civil para a Constituição, em difusa experiência contemporânea, da Europa Continental à América Latina. Tal realidade, vista por muitos com certo desdém, na tentativa de reduzi-la a fenômeno de técnica legislativa – ou mesmo à mera atecnia –, revela processo de profunda transformação social, em que a autonomia privada passa a ser remodelada por valores não patrimoniais, de cunho existencial, inseridos na própria noção de ordem pública" (TEPEDINO, Gustavo. *Do Sujeito de Direito à Pessoa Humana*. In *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Padma, 2000, vol. 2, Editorial).

[2] Art. 1º da CR de 1988: "A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III - a dignidade da pessoa humana".

[3] Art. 3º da CR de 1988: "Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária".

funcionalização das situações jurídicas patrimoniais às existenciais, a realizar, assim, processo de inclusão social, com a ascensão à realidade normativa de interesses coletivos e de renovadas situações jurídicas existenciais desprovidas de titularidades patrimoniais, tuteladas independentemente (ou mesmo em detrimento) destas.

Nesse cenário, o indivíduo, elemento subjetivo abstrato do direito civil codificado, deu lugar, na sede das relações de direito privado, à pessoa humana, para cuja promoção se volta integralmente o ordenamento. Tal mudança de paradigma resultou de processo histórico peculiar, a partir do qual se percebeu que as conquistas seculares do direito público (que produziu sucessivas gerações de direitos e garantias fundamentais do cidadão perante o Estado)[4] tornar-se-iam inoperantes, no que tange às transformações sociais pretendidas, não fosse a incidência da norma constitucional sobre as relações privadas, permeando os liames intersubjetivos estabelecidos no seio das comunidades intermediárias. Significa dizer que empresa, família, propriedade, contratos e todos os espaços tradicionais de liberdade deixam de ser considerados microcosmos imunes à incidência do dever de promoção existencial e do pleno desenvolvimento da personalidade.

Remodelam-se, assim, as relações de consumo, os contratos de massa, o exercício do direito de propriedade e do controle das empresas, o relacionamento de poder estabelecido nas entidades familiares, que se democratizam, sempre no sentido de conferir efetiva promoção da dignidade da pessoa humana, em conformidade com o mandamento constitucional.

Neste renovado direito civil interpretado à luz da Constituição, abandona-se a noção da pessoa humana como sujeito de direitos abstrato, anônimo, e cuja importância se associava exclusivamente à capacidade patrimonial. Atenta-se, isso sim, para a sua qualificação na relação jurídica concreta em que se insere, levando-se em consideração o valor social da sua atividade. A pessoa humana, portanto, qualificada de acordo com a sua realidade específica, e protegida pelo ordenamento segundo seu grau de vulnerabilidade em concreto, torna-se a categoria central do direito privado contemporâneo.

Tal perspectiva tem como resultado necessário a atribuição de poderes ao titular de cada situação jurídica subjetiva em conformidade com a função por ela desempenhada. Os legítimos interesses individuais dos titulares da atividade econômica privada só merecerão tutela na medida em que interesses socialmente relevantes, posto que alheios à esfera individual, venham a ser igualmente tutelados. A proteção dos interesses privados não mais se justifica apenas como expressão da liberdade individual, mas, além disso, também em virtude da função que tais interesses desempenham para a promoção de

[4] "Na primeira geração encontram-se os direitos individuais, que traçam a esfera de proteção das pessoas contra o poder do Estado, e os direitos políticos, que expressam os direitos da nacionalidade e os de participação política, que se sintetizam no direito de votar e ser votado. Na segunda geração estão os direitos sociais, que incluem os direitos trabalhistas e os direitos a determinadas prestações positivas do Estado, em áreas como educação, saúde, seguridade social e outras. Na terceira geração estão os direitos coletivos e difusos, que abrigam o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e os direitos do consumidor. Já se fala em uma quarta geração, que compreenderia o direito à democracia e ao desenvolvimento" (BARROSO, Luís Roberto, *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*, São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 177-178).

posições jurídicas externas, as quais alcançam e integram a ordem pública constitucional. Vincula-se, assim, a proteção dos interesses privados ao atendimento de interesses sociais, a serem promovidos no âmbito da atividade econômica (socialização dos direitos subjetivos).[5]

Na esteira desse processo construtivo, doutrina e jurisprudência têm procurado estabelecer o conteúdo da função social dos contratos e da propriedade, com vistas a delinear precisamente os limites impostos à autonomia privada. E, de fato, embora os ditames da função social – incidente sobre toda e qualquer situação jurídica subjetiva – não se restrinjam ao contrato e à propriedade, é para a sua análise que maior esforço se tem despendido, seja por sua repercussão econômica, seja por serem objeto de expressa previsão constitucional e legislativa.

2 A função social e a autonomia privada

Positivou o Código Civil, na conhecida dicção de seu art. 421, o princípio da função social do contrato, ao estabelecer que "a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato". Tal preceito, a despeito das diversas correntes doutrinárias que surgiram acerca de seu conteúdo,[6] deve ser entendido como princípio que, informado pelos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e do valor social da livre iniciativa (art. 1º, IV) – fundamentos da República –, bem como da igualdade substancial (art. 3º, III) e da solidariedade social (art. 3º, I) – objetivos da República –, impõe às partes o dever de perseguir, ao lado de seus interesses individuais, interesses extracontratuais socialmente relevantes, dignos de tutela jurídica, que se relacionam com o contrato ou são por ele atingidos.[7]

Desse modo, no sistema em vigor, o princípio da função social amplia para o domínio do contrato a noção de ordem pública. A função é considerada um fim para cuja realização se justifica a imposição de preceitos inderrogáveis e inafastáveis pela vontade das partes. Por isso mesmo, dispõe o parágrafo único do art. 2.035 do Código Civil que "nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos".

---

[5] "Com isso não se projeta a expulsão ou a 'redução' quantitativa do conteúdo patrimonial no sistema jurídico e civilístico em especial: o momento econômico, como aspecto da realidade social organizada, não pode ser eliminado. A divergência, certamente não de natureza técnica, concerne à valoração qualitativa do momento econômico e à disponibilidade de encontrar, na exigência de tutela do homem, um aspecto idôneo não para 'humilhar' a inspiração econômica, mas, pelo menos, para lhe atribuir uma justificativa institucional de suporte ao livre desenvolvimento da pessoa" (PERLINGIERI, Pietro, *O Direito Civil na Legalidade Constitucional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 121).

[6] Sobre as diversas correntes, v. TEPEDINO, Gustavo, Notas sobre a Função Social do Contrato, in TEPEDINO, Gustavo e FACHIN, Luiz Edson, *O Direito e o Tempo*: embates jurídicos e utopias contemporâneas. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 395 e ss.

[7] "Extrai-se daí a definição da função social do contrato, entendida como dever imposto aos contratantes de atender – ao lado dos próprios interesses individuais perseguidos pelo regulamento contratual – a interesses extracontratuais socialmente relevantes, dignos de tutela jurídica, que se relacionam com o contrato ou são por ele atingidos. Tais interesses dizem respeito, dentre outros, aos consumidores, à livre concorrência, ao meio-ambiente, às relações de trabalho" (TEPEDINO, Gustavo. *Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002*. In: *Temas de direito civil*. t. 2, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 20).

Inserida no processo de funcionalização dos institutos do direito civil, a função social enseja a mitigação do princípio da relatividade dos contratos (por assim dizer, a *relativização da relatividade*), por meio da imposição de deveres aos contratantes.[8] O princípio em tela traduz, portanto, a determinação, aos contratantes, de deveres extracontratuais socialmente relevantes, como forma de superar a já arcaica noção de que o contrato só gera deveres entre as partes. Pelo contrário, inserido que está na ordem civil constitucional comprometida com valores de solidariedade e igualdade substancial, o contrato apenas será merecedor de tutela pelo ordenamento se promover tais valores.

Tal visão costuma gerar reações de duas espécies. A primeira associa essa perspectiva funcional a ideologias autoritárias e comunitaristas – tais como o fascismo e o comunismo – que vincularam, no passado, a iniciativa privada a interesses estatais ou institucionais supraindividuais. Essa concepção não poderia prosperar, vez que a noção contemporânea de função social em nenhum momento subordina os interesses individuais legítimos a interesses ou entidades supraindividuais. A funcionalização imposta pelo constituinte, ao revés, postula a plena promoção da dignidade da pessoa humana e de seus interesses existenciais.

A segunda reação à funcionalização das situações jurídicas subjetivas vislumbra a autonomia privada como garantia pré-jurídica, reconhecida (e não outorgada) pelo constituinte como tradução das liberdades individuais. Assim sendo, os limites à liberdade de contratar jamais poderiam ser essenciais ou internos ao negócio; ao contrário, seriam sempre externos, contrapondo à liberdade os interesses de ordem pública. Nessa ótica individualista, desde que respeitados os pontuais limites externos fixados pelo legislador, a atividade contratual poderia desenvolver-se livre de qualquer restrição ou condicionamento. Vale dizer, uma vez reputado válido o ato jurídico – porque não colidente com as normas imperativas – os contratantes disporiam de uma espécie de salvo-conduto, a lhes conferir a suposta prerrogativa de exercer a liberdade contratual em termos qualitativamente absolutos, embora quantitativamente limitados.

Tais objeções, contudo, referem-se a conceito de função inteiramente ultrapassado. Nos dias de hoje, ao contrário, o recurso à função revela o mecanismo dinâmico de vinculação das estruturas do direito, em especial dos fatos jurídicos, das situações subjetivas e de todas as relações jurídicas, aos valores sociais consagrados pelo ordenamento a partir de seu vértice hierárquico, o texto constitucional.[9]

---

[8] A esse respeito, já se afirmou, em outra sede, que o esmorecimento do princípio da relatividade "não deve significar, todavia, uma ampliação da proteção aos próprios contratantes, o que amesquinharia a função social do contrato, tornando-a servil a interesses individuais e patrimoniais que, postos legítimos, já se encontram suficientemente tutelados pelo contrato. De outra parte, o princípio da boa-fé objetiva, informado pela solidariedade constitucional, por não se limitar ao domínio do contrato, alcança todos os titulares de situações jurídicas subjetivas patrimoniais, vinculando-os ao respeito de posições contratuais, suas ou de terceiros. Por isso mesmo, fundamenta-se na boa-fé objetiva a proteção do crédito em face de terceiros, não já no princípio da função social" (*Novos princípios contratuais e teoria da confiança:* a exegese da cláusula do *the best knowledge of the sellers*. In: *Temas de direito civil*. t. 2, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 251).

[9] "A norma constitucional torna-se a razão primária e justificadora (e todavia não a única, se for

Com efeito, consiste a função em elemento interno e razão justificante da autonomia negocial, não no sentido de se subjugar a iniciativa privada a entidades ou elementos institucionais supraindividuais, vale repetir, mas com vistas à instrumentalização das estruturas jurídicas aos valores do ordenamento, a permitir o controle dinâmico e concreto da atividade privada.

A partir da análise funcional do contrato e das situações jurídicas subjetivas, a grande dicotomia do direito privado deixa de ser baseada na estrutura desses mesmos centros de interesse – como ocorre na (cada vez menos significativa) distinção entre direitos reais e obrigacionais[10] – e cede lugar à distinção funcional entre as relações patrimoniais e existenciais.[11] Tais relações diferem na medida em que desempenham funções díspares, atraindo, por conseguinte, disciplinas igualmente diversas.

A adoção desta perspectiva funcional enseja, ainda, a revisão de diversos cânones do direito privado, impondo-se, notadamente, a superação da técnica da subsunção pelo aplicador das normas jurídicas. Tal método, baseado no raciocínio silogístico, limita-se a enquadrar o fato (premissa menor) à *fattispecie* abstrata prevista na norma (premissa maior), daí decorrendo a conclusão – pretensamente rigorosa, de modo a mascarar as escolhas ideológicas do intérprete. Deve-se, ao revés, no processo unitário de interpretação e qualificação do fato, confrontar este último com o inteiro ordenamento jurídico, com vistas a determinar a disciplina jurídica aplicável para a hipótese concreta.[12]

---

individuada uma normativa ordinária aplicável ao caso) da relevância jurídica de tais relações, constituindo parte integrante da normativa na qual elas, de um ponto de vista funcional, se concretizam. Portanto, a normativa constitucional não deve ser considerada sempre e somente como mera regra hermenêutica, mas também como norma de comportamento, idônea a incidir sobre o conteúdo das relações entre situações subjetivas, funcionalizando-as aos novos valores" (PERLINGIERI, Pietro, *Perfis do Direito Civil:* Introdução ao Direito Civil Constitucional, Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 12).

[10] Relativizaram-se muitas das características que tradicionalmente diferenciavam as duas categorias. No âmbito dos direitos reais, observa-se que: "Não se pode negar que as servidões prediais e as grandes incorporações imobiliárias se constituíram numa espécie de tipos abertos, cujo conteúdo foi sendo fixado, não sem ousadia, pelo operador econômico, delineando-se um quadro riquíssimo de servidões rurais, condomínios com dimensões fabulosas, empreendimentos de *shopping centers*, multipropriedades imobiliárias e condomínios de fato, utilização de espaços em cemitérios, tudo isso sem que houvesse previsão legal específica. [...] Dessa forma, deve-se redimensionar a discussão quanto ao princípio do *numerus clausus*, mesmo se admitindo, desde logo, que a reserva legal para a predisposição de uma nova figura real é inderrogável, por traduzir princípio de ordem pública" (TEPEDINO, Gustavo. *Comentários ao Código Civil*, vol. XIV. São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 38-39). Por outro lado, no direito obrigacional, assistiu-se a uma reformulação do princípio da relatividade, de forma a permitir que os efeitos do contrato sejam estendidos a quem não fosse parte contratante, "sempre que tal extensão tenha por fim garantir a previsibilidade e a segurança das relações contratuais, ou demais valores a cuja realização o contrato se considere igualmente funcionalizado" (NEGREIROS, Teresa. *Teoria do Contrato: Novos Paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 234).

[11] "De um ponto de vista objetivo, a situação é um interesse que, essencial à sua existência, constitui o seu núcleo vital e característico. Interesse que pode ser ora patrimonial, ora de natureza pessoal e existencial, ora um e outro juntos (...). No ordenamento dito privatístico encontram espaço sejam as situações patrimoniais e entre essas a propriedade, o crédito, a empresa, a iniciativa econômica privada; sejam aquelas não patrimoniais (os chamados direitos da personalidade) às quais cabe, na hierarquia das situações subjetivas e dos valores, um papel primário" (PERLINGIERI, Pietro, *Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil-Constitucional*, cit., p. 106).

[12] Ao propósito, observou-se argutamente: "Tamanho redirecionamento exige uma teoria da

É a perspectiva funcional que permite que o controle social sobre os atos de autonomia privada não se limite ao exame de estruturas ou tipos abstratamente considerados - em simples valoração de licitude segundo a qual, por exemplo, uma locação cujo objeto não fosse proibido por lei resultaria sempre legítima -, dando lugar ao exame do merecimento de tutela do tipo no caso em exame, a verificar qual função econômico-individual desempenha a *fattispecie* concreta.[13]

Tal juízo de merecimento de tutela apenas se revela possível por meio da aplicação das normas constitucionais como núcleo valorativo hierarquicamente superior e indispensável para a unificação do sistema. Cumpre evitar, para tanto, que os princípios constitucionais, dotados de menor concretude, percam sua força normativa diante das regras, que apresentam maior densidade e detalhamento regulatório. Torna-se fundamental, por isso mesmo, a releitura de conceitos tradicionais do direito privado a partir da tábua axiológica constitucional, "parte integrante da dogmática do direito civil, remodelando e revitalizando seus institutos, em torno de sua força reunificadora do sistema".[14]

Nesse contexto, a função social definirá a estrutura dos poderes dos contratantes no caso concreto, e será relevante para se verificar a legitimidade de certas cláusulas contratuais que, embora lícitas, atinjam diretamente interesses externos à estrutura contratual - cláusulas de sigilo, de exclusividade e de não concorrência, dentre outras. Sendo assim, nos termos do art. 421 do Código Civil, toda situação jurídica patrimonial, integrada a uma relação contratual, deve ser considerada originariamente justificada e estruturada em razão de sua função social. Como ocorrido em relação à propriedade, opera-se a transformação qualitativa do contrato, que passa a consubstanciar instrumento para a concretização das finalidades constitucionais.[15]

A autonomia privada, assim, não mais pode ser concebida como valor absoluto, o qual apenas poderia sofrer restrições pontuais por meio de normas de ordem pública. Ao revés, o princípio da autonomia privada deve ser revisitado e lido à luz dos valores constitucionais, não sendo possível admitir espécies de zonas francas de atuação da autonomia privada, imunes ao controle axiológico ditado pela Constituição da República.

---

interpretação jurídica que, diferentemente da tradicional, não se limite a uma operação formalista, por meio da fria subsunção da situação fática à norma que a descreve de modo mais minucioso, mas que se mostre comprometida com a aplicação de todo o ordenamento jurídico a cada caso concreto, em uma busca permanente pela máxima realização de seus valores fundamentais" (SCHREIBER, Anderson, "Direito Civil e Constituição", in *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 48, Rio de Janeiro: Padma, out-dez/2011, p. 15).

[13] "Em um ordenamento no qual o Estado não assiste passivo à realização dos atos dos particulares, mas exprime juízos sobre eles, o ato meramente lícito não é por si só valorável em termos positivos. Para receber um juízo positivo, o ato deve ser também merecedor de tutela" (PERLINGIERI, Pietro, *Perfis do Direito Civil:* Introdução ao Direito Civil Constitucional, cit., p. 92).

[14] TEPEDINO, Gustavo, *Direito Civil e Ordem Pública na Legalidade Constitucional*, In Nelcir Antoniazzi, (Org.), *República, Poder e Cidadania:* Anais da XIX Conferência Nacional dos Advogados, Brasília: OAB, Conselho Federal, 2006, vol. 2, p. 1142.

[15] TEPEDINO, Gustavo, et alii, *Código civil interpretado conforme a Constituição da República*, vol. 2, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 10.

Na legalidade constitucional, a autonomia privada não representa um valor em si mesmo, como unidade normativa isolada, somente sendo considerada merecedora de tutela se promover, de forma positiva, os demais princípios e valores constitucionais.[16] Impõe-se ao intérprete, portanto, verificar se os atos de autonomia privada fazem jus à proteção do ordenamento, concedida se – e somente se – realizarem não apenas a vontade individual dos contratantes (perseguida precipuamente pelo regulamento de interesses), mas, da mesma forma, os interesses extracontratuais socialmente relevantes voltados à promoção dos valores constitucionais.

Em definitivo, a função social – elemento interno dos atos jurídicos – impõe aos titulares de situações subjetivas a obrigação de perseguir, ao lado de seus interesses privados, interesses extracontratuais socialmente relevantes, assim considerados pelo legislador constitucional, sob pena de não se reputar merecedor de tutela o exercício da liberdade de contratar. Busca-se tutelar, com o contrato, não apenas os interesses das partes mas, também, o interesse social alcançado.[17]

3 A função social e o exercício do direito de propriedade

No âmbito de uma ampla reforma de matriz econômica e social, a disciplina da propriedade foi significativamente transformada pela Constituição brasileira de 1988, de tendência nitidamente personalista e solidarista. O texto trouxe inovação de forma provavelmente nunca antes vista no tratamento do exercício do direito de propriedade, promovendo sua funcionalização aos valores sociais e existenciais, quase quinze anos antes que o codificador de 2002 assim também viesse a fazê-lo.

Tal caráter inovador da Constituição de 1988 se revela evidente a partir de uma análise – ainda que breve – da história do direito civil brasileiro desde o Código Civil de 1916 até que se chegasse ao estágio atual. O referido diploma era fruto da dogmática civilística clássica, na qual se estudava a propriedade do ponto de vista exclusivamente estrutural (a partir do conjunto de poderes atribuídos ao proprietário). Com isso, o Código Civil de 1916, assim como outros códigos de ordenamentos da família romano-germânica, limitava-se a descrever e assegurar os poderes do proprietário. De um lado, o conteúdo econômico do domínio ou senhoria, composto pelas faculdades de usar, fruir e dispor. De outro, o conteúdo propriamente jurídico, consubstanciado na faculdade de repelir, mediante ações próprias, a ingerência alheia.[18]

[16] "Os atos de autonomia têm, portanto, fundamentos diversificados; porém encontram um denominador comum na necessidade de serem dirigidos à realização de interesses e funções que merecem tutela e são socialmente úteis (...) a autonomia privada não é um valor em si e, sobretudo, não representa um princípio subtraído ao controle de sua correspondência e funcionalização ao sistema das normas constitucionais" (PERLINGIERI, Pietro, *Perfis do Direito Civil:* Introdução ao Direito Civil-Constitucional, cit., pp. 18-19 e 277).

[17] "No ordenamento moderno, o interesse é tutelado se, e enquanto for conforme não apenas ao interesse do titular, mas também àquele da coletividade" (*Perfis do Direito Civil:* Introdução ao Direito Civil-Constitucional, cit., p. 121).

[18] Assim, nos termos do art. 524 do Código Civil de 1916: "A lei assegura ao proprietário o direito de usar, gozar e dispor de seus bens, e de reavê-los do poder de quem quer que injustamente

A positivação do direito de propriedade funcionou, desse modo, como garantia de poderes conferidos ao titular do direito subjetivo com vistas à tutela do conteúdo econômico e jurídico do domínio. De uma parte, o ordenamento assegurava ao titular do direito de propriedade um instrumental de tutela da senhoria, esgotando-se, assim, no direito subjetivo individual do proprietário, a possibilidade de aproveitamento econômico do bem.[19] De outra, garantia ao proprietário o poder de reaver a coisa de quem a detivesse, conferindo-lhe legitimidade para o exercício de ações postas à sua disposição para afastar as ingerências externas – ações possessórias e petitórias –, circunscrevendo-se assim a tutela jurídica do domínio como expressão máxima do direito subjetivo patrimonial.[20]

O Código Civil de 1916, como se pode notar, não cogitava do aspecto funcional do instituto no sentido que atualmente se reconhece à função social, vale dizer, como elemento jurídico efetivamente presente no núcleo de poderes do proprietário.[21] A propriedade somente era limitada por razões de natureza externa, que se resumiam às normas de ordem pública, responsáveis por impedir eventuais atos emulativos por parte do proprietário.[22]

Posteriormente, verificaram-se referências à função social da propriedade nas Constituições Brasileiras de 1946 e de 1967 (com a Emenda nº 1/1969). A norma constitucional de 1946 incluiu a propriedade entre os

os possua". Ebert Chamoun ressalta a construção do direito de propriedade nos moldes do individualismo clássico: "E o conceito de propriedade continua evoluindo ao sabor das ideias individualistas. O liberalismo concedendo a todos um exercício amplo de todos os poderes fez com que se criasse um ponto de partida para a igualdade de direitos mesmo para os que têm direitos desiguais. Justamente porque as idéias individualistas grassaram na Idade Média – que é o berço do capitalismo – é que a propriedade nessa época toma um caráter de direito absoluto e daí dizer um autor da Idade Média que a propriedade é o direito de usar e abusar nos limites em que o direito da razão o tolera (*ius utendi et fruendi quatenus iuris ratio patitur*)" (*Direito Civil. Aulas do 4º ano de direito civil proferidas na Faculdade de Direito da Universidade do Distrito Federal*, Rio de Janeiro: Aurora, 1955, p. 53). Do mesmo modo, no âmbito do Código Civil francês, paradigma do liberalismo jurídico, Christian Larroumet lembra que "Il était admis, au début du XIX siècle, que l'*usus* et le *fructus* pouvaient être exercés par le propriétaire librement et 'de la manière la plus absolue' sans avoir de compte à rendre à personne, sauf, bien sûr, dans le cas où le propriétaire était lié envers d'autres personnes par des contrats relatifs à exploitation ou à la jouissance de la chose" (*Droit Civil*, t. 2, *Les Biens, Droits réels principaux*, 3 édition, Paris: Economica, 1997, p. 127).

[19] Para uma análise crítica da construção tradicional do direito das coisas vinculado à ideia do valor de troca dos bens jurídicos, centrado, portanto, em uma acepção econômica do Direito, ver Eroulths Cortiano Junior, *Para além das coisas (Breve ensaio sobre o direito, a pessoa e o patrimônio mínimo)* in RAMOS, Carmen Lucia Silveira *et al* (coord.), in *Diálogos sobre o direito civil*, Rio de Janeiro: Renovar, 2002, pp. 155-165.

[20] V., por todos, BEVILAQUA, Clovis: "O conteúdo positivo do direito de propriedade está indicado nas expressões – usar, gozar e dispor de seus bens, que, aliás, pressupõem a posse. A defesa especial desse direito, claramente aparece nas palavras – de reavê-las do poder de quem quer que injustamente as possua, que se referem à ação de reivindicação" (*Código Civil Comentado*, vol. III, Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1958, p. 45).

[21] Neste ponto, avançou o Código Civil de 2002, ao vincular o exercício do direito de propriedade às suas finalidades econômicas e sociais, prevendo, desta feita, a função social da propriedade (v. art. 1.228, § 1º).

[22] Nesta direção, identificando as restrições ao direito de propriedade com limitações de leis de ordem pública, ver CARVALHO SANTOS, J. M de, *Código Civil Brasileiro Interpretado*, vol. VII, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1961, pp. 270-271. No mesmo sentido, ver, ainda, BARROS MONTEIRO, Washington de, *Curso de Direito Civil*, vol. III, São Paulo: Saraiva, 1981, pp. 96-97.

alicerces da ordem econômica, além de mencionar, pela primeira vez, a função social da propriedade autonomamente (art. 147).[23] Da mesma forma, o texto constitucional de 1967 revelava a preocupação do ordenamento brasileiro com a função social, disciplinada no art. 160, III como princípio de ordem econômica e social.[24] Apesar dessas previsões constitucionais acerca da função social da propriedade, o tema nunca chegara a ser assimilado de fato pelo direito civil, que parecia relegar ao princípio a mera função de orientação do legislador ordinário.

Em face da aludida dificuldade de assimilação da noção de função social pelo direito civil brasileiro, decidiu o constituinte de 1988 adotar medidas diversas das anteriormente verificadas na história constitucional do país. Assim, a Constituição de 1988, ao contrário das anteriores, prevê a função social da propriedade não somente no título referente à ordem econômica e financeira (Título VII), mas também naquele referente aos direitos e garantias fundamentais (Título II). A inserção da matéria neste último, mais precisamente no art. 5º, inciso XXIII – ao lado, portanto, da cláusula pétrea de proteção da propriedade privada (art. 5º, XXII) – alça o aspecto funcional da propriedade a direito fundamental.

Observa-se, ainda, que a Constituição de 1988 prevê, como fundamento da República, o princípio-valor da dignidade humana, nos termos do art. 1º, III. Em seguida, descreve como objetivos fundamentais, conforme a dicção do art. 3º, I e III, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (princípio da solidariedade social) e a diminuição das desigualdades sociais e regionais (princípio da igualdade substancial).

Nesse cenário, parece imperioso reconhecer que a definição dos fundamentos e objetivos centrais da República, bem como a previsão expressa do aspecto funcional da propriedade como direito fundamental, levam à conclusão de que a Constituição de 1988 subordina a utilização dos bens patrimoniais ao atendimento de direitos existenciais e sociais.[25] Reforça essa conclusão o entendimento de que todos os princípios referidos são dotados de *status* de norma jurídica constitucional – localizados, portanto, no ápice hierárquico do ordenamento. Não podem, desse modo, ser reduzidos a letra morta, devendo, ao reverso, vincular os titulares de direitos patrimoniais e definir o conceito jurídico de função social. O ordenamento, por conseguinte, diante do texto constitucional, não mais se coaduna com a visão da propriedade privada como espaço imune à ingerência do Poder Público, espécie de salvo-conduto para a liberdade individual.

[23] Nos termos do art. 147 da Constituição da República de 1946: "O uso da propriedade será condicionado ao bem-estar social. A lei poderá, com observância do disposto no art. 141, § 16, promover a justa distribuição da propriedade, com igual oportunidade para todos".

[24] Constituição Federal de 1967, art. 160: "A ordem econômica e social tem por fim realizar o desenvolvimento nacional e a justiça social, com base nos seguintes princípios: (...) III - função social da propriedade".

[25] Sobre o tema, CATERINI, Enrico afirma que "i rapporti reali saranno 'garantiti' da una funzione sociale costituzionale che realizza scopi reputati primari dall'ordinamento costituzionale, come la salute e la dignità umana, la libertà e la sicurezza, il lavoro quale strumento di realizzazzione della personalità e l'ambiente come interesse esistenziale" (*Trattato di Diritto Civile del Consiglio Nazionale del Notariato: Proprietà*, diretto da PERLINGIERI, Pietro, vol. III, Napoli: Scientifiche Italiane, 2005, p. 119).

Ao revés, se o ordenamento é unitário, e se tais deveres constitucionais são vinculantes – sob pena de não se preservar a própria noção de ordenamento –,[26] a função social da propriedade, como expressão da primazia constitucional dos valores da solidariedade, igualdade e dignidade humana,[27] torna-se elemento interno do domínio. Desse modo, exige-se que as liberdades individuais tenham por função, ao lado da legítima preocupação com os interesses de seu titular, o alcance de interesses socialmente relevantes atingidos por seu exercício.

Assim, os requisitos insculpidos no art. 186, informados pelos aludidos princípios, oferecem ao legislador (em particular no que se refere aos planos diretores das cidades e à reforma agrária) e ao intérprete o conteúdo constitucional da disciplina da propriedade: o exercício do domínio somente será merecedor de tutela se atender à função social preestabelecida na Constituição, sistematicamente interpretada, e reafirmada pelo art. 1.228, §1º, do Código Civil de 2002. Tal conclusão tem grande repercussão prática e as suas consequências fazem-se notar, por exemplo, na hipótese de desapropriação por utilidade pública.

Tradicionalmente, identificava-se na propriedade uma relação entre sujeito e objeto, característica típica da noção de direito real absoluto (ou pleno), expressão da "*massima signoria sulla cosa*" — formulação incompatível com a ideia de relação intersubjetiva. Diante da adoção pelo ordenamento brasileiro da função social da propriedade, todavia, esse entendimento foi drasticamente superado: com efeito, a propriedade não mais pode ser vista como a atribuição de poder tendencialmente plena, cujos confins são definidos externamente,[28] ou, de qualquer modo, em caráter predominantemente negativo,[29] de tal forma que, até uma certa demarcação, o proprietário teria espaço livre para suas atividades e para a emanação de sua senhoria sobre o bem. A definição do conteúdo da propriedade, em vez disso, se dará a partir

[26] Seja consentido remeter, sobre a matéria, a TEPEDINO, Gustavo, *Normas Constitucionais e Direito Civil na Construção Unitária do Ordenamento*, *in* SOUZA NETO, Cláudio Pereira de e SARMENTO, Daniel (coords.), *A Constitucionalização do Direito:* Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas, Rio de Janeiro: Forense, 2007, onde se aduz: "Assim, chega-se à noção de ordenamento não como repositório de normas jurídicas, mas como conjunto de ordenamentos dos casos concretos, para cuja construção o intérprete levará em conta os elementos condicionantes dos fatos e das normas jurídicas conjuntamente interpretadas em cada conflito de interesses. (...) E tendo em vista a unidade indispensável à própria existência do ordenamento, a interpretação deste processo complexo há de ser feita, necessariamente – convém insistir –, à luz dos princípios emanados pela Constituição da República, que centraliza hierarquicamente os valores prevalentes no sistema jurídico, devendo suas normas, por isso mesmo, incidir diretamente nas relações privadas" (pp. 314-315).

[27] Trata-se, em verdade, da primazia da própria pessoa humana como núcleo valorativo do ordenamento. A respeito da Constituição italiana, mas de todo aplicável ao caso brasileiro, afirma PERLINGIERI, Pietro: "A presença, na Constituição [italiana], de numerosas previsões de direitos civis (direito à saúde, ao estudo, à vida livre e digna etc.) e de liberdades civis, unidas à cláusula geral de tutela do livre desenvolvimento da pessoa humana (art. 2), [...] permite considerar de forma qualitativamente diversa o tema da pessoa, de maneira a elevá-la ao centro do ordenamento, estendendo a sua tutela e relevância objetiva" (PERLINGIERI, Pietro, *O Direito Civil na Legalidade Constitucional*, cit., p. 585).

[28] V., a título de exemplo, a refinada construção de PASSARELLI, F. Santoro, *Proprietà e lavoro in agricoltura*, cit., p. 8, segundo o qual, "questi doveri [impostos ao proprietário] si possono anche, se si vuole, considerare come sorgenti dallo setesso diritto di proprietà, a patto di mantenerli, come sono, fuori di quel nucleo caratteristico del diritto soggettivo, che è il potere di soddisfare un proprio interesse e soltanto il proprio interesse". Para uma substanciosa crítica a tal posição, v. Scalisi, *Proprietà e governo democratico dell'economia*, in *Riv. dir. civ.*, 1985, p. 221 e ss.

[29] U. Natoli, *La proprietà. Appunti delle lezioni*, I, Milano, 1980, 2ª ed. Riv. e ampl. (rist.), pp. 187-202.

de centros de interesses extraproprietários, que deverão sempre ser regulados de acordo com a concreta relação jurídica de propriedade.[30]

Tal conclusão oferece valioso suporte teórico para a correta compreensão da função social da propriedade, que terá, necessariamente, uma configuração flexível, mais uma vez devendo-se refutar os aprioriSmos ideológicos e homenagear o dado normativo. A função social modificar-se-á de estatuto para estatuto, sempre em conformidade com os preceitos constitucionais e com a concreta regulamentação dos interesses em jogo. Pode-se mesmo dizer, com apoio na doutrina mais atenta, que a função social parece capaz de moldar o estatuto proprietário na sua essência, constituindo "*il titolo giustificativo, la causa dell'attribuzione*"[31] dos poderes do titular, ou seja, "*il fondamento dell'attribuzione, essendo divenuto determinante, per la considerazione legislativa, il collegamento della posizione del singolo con la sua appartenenza ad un organismo sociale*".[32]

No panorama contemporâneo, dito de outra maneira, já se superou a antiga concepção em que a propriedade privada atendia apenas aos interesses do proprietário. Com efeito, ela se tornou, isso sim, instrumento para a proteção da pessoa humana; a utilização dos bens privados e o consequente exercício do domínio devem, portanto, respeitar e promover as situações jurídicas subjetivas existenciais e sociais por ela atingidas. A função social não se limita, assim, a mero conjunto de restrições externas ao domínio, mesmo porque restrições desta natureza sempre existiram. A funcionalização do instituto da propriedade consiste na introdução de um critério de valoração da própria titularidade, segundo o qual atuações positivas passam a ser exigidas do titular, a fim de que seu exercício se adeque à tarefa que dele se espera na sociedade (por força não apenas de anseios morais da mais alta valia, mas também – e principalmente – por força, como já ressaltado, de comando constitucional).

A propriedade afasta-se, desse modo, de sua tradicional feição de direito subjetivo absoluto, ou, ainda, limitado apenas negativamente, para converter-se em situação jurídica complexa, que enfeixa poderes, deveres, ônus e obrigações, e cujo conteúdo passa a depender de interesses extraproprietários, a serem regulados no âmbito de cada relação jurídica. Como dito, a função social há que ser definida em cada estatuto, isto é, diante das circunstâncias do caso concreto.

Na esteira dessas considerações, merece destaque uma significativa decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, de 1998. Na hipótese, empresa arrendatária de imóvel rural (Fazenda Primavera) viu sua posse esbulhada por cerca de 600 famílias integrantes do Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra (MST), que invadiram o terreno, ocupando-o. Ajuizou, em virtude disto, ação de reintegração de posse com pedido liminar, concedido pela juíza de primeiro grau, em decisão agravada pelo MST com pedido liminar de efeito suspensivo da liminar, deferido pelo Des. Rui Portanova, em regime de plantão.

---

[30] Sobre o tema, TEPEDINO, Gustavo, *Contornos Constitucionais da Propriedade Privada* in *Temas de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Renovar, 2007, 4ª ed. p. 321 e ss.

[31] P. Perlingieri, *Note sulla crisi dello Stato sociale e sul contenuto minimo della proprietà*, in *Legal. e giust.*, 1983, p. 449.

[32] S. Rodotà, *Proprietà (diritto vigente)*, in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. XIV, Torino, 1968, cit., p. 139.

A decisão judicial deu provimento ao Agravo impetrado pelo MST, fundamentando-se, basicamente, no não cumprimento da função social da propriedade arrendada, e na prevalência dos direitos fundamentais das 600 famílias acampadas. A constatação do desatendimento da função social foi levada a cabo pelo tribunal, com base nas relações jurídicas concretas, instauradas entre o arrendatário e os titulares da posse, incorporando, nas razões de decidir, quase que intuitivamente, o conceito de propriedade como situação jurídica complexa e dinâmica, funcionalizada ao atendimento de necessidades não patrimoniais.[33]

Ao lado dessa visão renovada da propriedade e das situações jurídicas patrimoniais, o acórdão enfoca um segundo importantíssimo aspecto, consistente na distinção entre *atendimento de função social* e *produtividade econômica*, conceitos frequentemente tomados como sinônimos, conforme se vê do voto da Des. Elba Aparecida Nicolli Bastos: "A posse da agravada está comprovada não só pela identificação e instrumento acima referido, como pelo uso efetivo da área para atividade agrícola. A agravada mantém empresa em pleno funcionamento. Existem escritórios, casas, demais prédios para uso de empregados e oficinas, armazéns, silos e outros. (...) Não tenho qualquer dúvida que a Merlin Indústria e Comércio de Óleos Vegetais tem a posse, sendo a área útil e produtiva, portanto, observando o fim social a que se destina".

De fato, tem sido recorrente a confusão entre o atendimento à função social da propriedade rural e o seu aproveitamento econômico. A produtividade pode ser considerada um dos aspectos relevantes para que a propriedade alcance sua função social, devendo, contudo, estar associada à promoção de valores existenciais, consagrados pela Constituição nos princípios e objetivos fundamentais da República.

O constituinte já se manifestara neste sentido ao indicar, no art. 186, outros valores extrapatrimoniais - além dos já enunciados em seus artigos iniciais (*e.g.*, a preservação do meio ambiente) - que devem ser atendidos pela propriedade rural a fim de comprovar a plena realização da sua função social, em conformidade com a disciplina constitucional do instituto. O art. 184, por sua vez, coloca à disposição da Administração Pública meios hábeis a garantir a efetividade desta disciplina; efetividade que, aliás, não pode ser obstada por uma interpretação literal do art. 185, II, segundo o qual a propriedade produtiva não é passível de desapropriação. Chegou-se a afirmar que tal dispositivo consistiria em grande obstáculo à reforma agrária, porque autorizaria a invocação da tutela constitucional contra a desapropriação de latifúndios que apresentassem qualquer forma de produtividade.

A afirmação torna-se absurda à luz dos princípios constitucionais. A Constituição de 1988 - repita-se à exaustão - cuidou de funcionalizar a propriedade a valores inerentes à pessoa humana. A mera produtividade econômica não resguarda a propriedade, se não restarem atendidos os valores extrapatrimoniais que compõem a tábua axiológica da Constituição. Com isso, o latifúndio utilizado para fins especulativos, ainda que produtor de

[33] TJRS, Ag. Instr. 598360402, 19ª C.C., Rel. Des. Elba Aparecida Nicolli Bastos, julg. 6.10.1998.

alguma riqueza, estará descumprindo sua função social, por desrespeitar as situações jurídicas existenciais e sociais nas quais se insere. Não merecerá, por conseguinte, a tutela jurídica, devendo ser desapropriado, em caráter prioritário, para fins de reforma agrária.

Na espécie, constatou-se que, inobstante pudesse vir a ser produtiva do ponto de vista dos resultados econômicos, a Fazenda Primavera não cumpria sua função social, o que se extraiu da existência de débitos fiscais em favor da União. Firmou-se, então, o acertado entendimento de que não cumpre sua função social a propriedade cujo titular, embora granjeando lucros, se esquiva de suas obrigações fiscais, as quais se destinam justamente a interesses sociais de grande repercussão, a depauperar o erário e retirar do Estado os instrumentos para a consecução de políticas públicas, como reconheceu o julgado: "A função social direta da empresa produtiva é o recolhimento de impostos, taxas públicas, encargos sociais, e a geração de empregos".

Da decisão comentada resulta evidente que somente no conflito concreto de interesses poderá o Judiciário valorar a utilização da propriedade quanto ao cumprimento dos deveres impostos por sua função social. A funcionalização da propriedade privada à promoção de valores existenciais não se coaduna com tentativas simplificadoras de encontrar critérios apriorísticos de atendimento da função social; é imprescindível que se levem em consideração as circunstâncias verificadas na realidade concreta de cada exercício do domínio.

A necessidade de avaliação da função social nos casos concretos tem sido, de resto, a tendência do Superior Tribunal de Justiça, revelada em diversas ocasiões. A título exemplificativo, no conflito entre o interesse do proprietário de hospital particular e o "direito do médico ao livre exercício de sua arte", a Corte considerou prevalente este último, negando-se alegada ofensa ao direito de propriedade por médico que, mesmo não integrando os quadros de determinada clínica particular, vale-se de suas instalações para atender a cliente seu, que necessitava de cuidados. Entendeu que a propriedade desempenhava, em tal caso, específica função social.[34]

No caso da Fazenda Primavera, contrapondo-se as situações jurídicas em jogo, tem-se, de um lado, o interesse genérico da arrendatária, inadimplente de obrigações tributárias, em gerar riquezas; de outro, o interesse de cerca de 600 famílias de trabalhadores em constituir moradia e extrair da terra trabalho e sustento, meios necessários para alcançarem patamar elementar de dignidade social, ou, como designado pelo acórdão comentado, "garantia a bens fundamentais como um mínimo social", que lhes foi negado pelo Estado.

A Fazenda Primavera, segundo constatou a Corte do Rio Grande do Sul, não cumpria sua função social; esta constatação derivou, dentre outros aspectos, do inadimplemento de obrigações tributárias (débitos fiscais). De

[34] "Médico. Direito de internar e assistir seus pacientes. (...) Decisão que reconheceu o direito do médico (...) de internar e assistir seus pacientes em hospitais privados com ou sem caráter filantrópico, ainda que não faça parte de seu corpo clínico, respeitadas as normas técnicas da instituição, não ofendeu o direito de propriedade, estabelecido ao art. 524 do Código Civil. Função social da propriedade, ou direito do proprietário sujeito a limitações (...)" (STJ, REsp 27.039-3/SP, Rel. Min. Nilson Naves, 8.11.1993, DJ 7.2.1994).

outra parte, identificou-se a evidente necessidade de proteção aos direitos fundamentais (mínimo existencial) das 600 famílias acampadas, que se encontravam no outro polo do conflito. No confronto de tais valores, e diante da inércia do Poder Público em proceder ao assentamento, atentaram os magistrados à tábua axiológica da Constituição, e, tal como o texto de 1988, concederam primazia aos direitos fundamentais e aos valores existenciais.[35]

Restaram, assim, sacrificados os interesses patrimoniais (e a potencialidade econômica) da arrendatária, em favor dos direitos fundamentais dos trabalhadores sem terra, cuja tutela tem estado constantemente à espera de uma atuação eficaz do Poder Executivo, em prol da reforma agrária. Exsurge da decisão a responsabilidade coletiva derivada da inoperância governamental. Vale dizer, a omissão do governo não pode mais ser considerada, segundo realidade fática insofismável e reconhecida pelo Judiciário, um problema circunscrito aos excluídos, desgraçadamente sem terra, sem teto, sem roça, sem eira nem beira, mas deve, ao contrário, ser encarada como um drama social que atinge toda a nação e cuja superação não se pode alcançar sem se interferir no controle da riqueza e nos limites da propriedade privada.

A decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, se não teve, como advertiu o Des. Rui Portanova, o condão de dar o rumo da reforma agrária no Brasil, teve o inegável mérito de abordar a questão em consonância com a disciplina constitucional da propriedade, enfrentando os obstáculos à sua aplicação, revelando atuação incisiva por parte do Poder Judiciário, já não mais disposto a aguardar soluções políticas, distantes na sua sempre iminente realização.

A funcionalização da propriedade ao interesse social altera, assim, a concepção tradicional do domínio, de modo a legitimá-lo e justificá-lo no seio das relações sociais de aproveitamento da riqueza e de efetivação dos direitos fundamentais, sempre sob a perspectiva, inserida no rol das garantias constitucionais, de que a propriedade, além de representar o aproveitamento patrimonial (propriedade como garantia), serve de instrumento de promoção de moradia e de bem estar existencial (propriedade como acesso).

4 Conclusão

A mudança de perspectiva provocada pela funcionalização dos institutos de direito civil não se restringe à propriedade e ao contrato. O reconhecimento da prioridade axiológica da dignidade da pessoa humana, fundamento da República, impõe a funcionalização de todas as categorias de direito civil, a exigir do civilista contemporâneo que se ocupe menos com a definição de conteúdo dos bens jurídicos abstratamente considerados (aspecto estático), e mais com seu exercício concreto (aspecto dinâmico). Verifica-se, assim, no exercício das posições jurídicas por seus titulares, quais situações subjetivas cumprem sua função econômica e social, de modo a torná-las, assim, merecedoras de tutela por parte do ordenamento.

[35] Nos termos do voto em comento: "Os doutrinadores afirmam que, havendo necessidade de sacrificar o direito de uma das partes, sacrifica-se o patrimonial, garantindo os direitos fundamentais, se a outra opção for esta".

O STF E A OPINIÃO PÚBLICA**

MARCELO NOVELINO*

A influência da opinião pública é um dos temas de grande relevância para o estudo do comportamento judicial[1] e, por conseguinte, para o desenvolvimento de teorias normativas da decisão. Para dizer como os juízes devem decidir, é necessário saber como eles são capazes de decidir,[2] o que exige, em certa medida, o conhecimento das razões pelas quais determinados fatores extrajurídicos tendem a influenciar o comportamento deles e em que tipo de circunstâncias há maior probabilidade de que isso venha a ocorrer. Em contextos decisórios e institucionais característicos, a opinião pública tende a influenciar não apenas o resultado do julgamento, mas também outros aspectos importantes como, *e.g.*, o tempo de tramitação do processo ou a concessão de uma liminar. Essa constatação suscita uma questão intrigante: por que um juiz que não depende do apoio popular se importaria com a opinião pública e em que medida essa preocupação interfere no comportamento?

Definida por Jellinek como os pontos de vista da sociedade sobre determinados assuntos de natureza política e/ou social,[3] a *opinião pública* nem sempre é identificável de forma nítida. Muitas vezes, a origem e a extensão dos pontos de vista acolhidos pela sociedade são incertas ou desconhecidas, não sendo possível precisar se estes resultam de uma vontade popular profunda ou se refletem apenas uma "paixão momentânea" decorrente de algum acontecimento de grande repercussão social[4] ou induzida por alguns grupos

* Doutor em Direito Público pela UERJ. Professor de Direito Constitucional do Curso LFG. Procurador Federal.

** Esta é uma versão reduzida e atualizada do artigo "A influência da opinião pública no comportamento judicial dos membros do STF".

[1] O termo "comportamento judicial" será empregado em um sentido amplo, a fim de designar as atitudes adotadas pelos juízes tanto na decisão de mérito, quanto durante as demais fases de um processo.

[2] Nesse sentido, Schauer (2008, p. 24) afirma que, "antes de decidir inteligentemente o que os juízes *devem* fazer, precisamos ver tanto o que eles estão fazendo, como o que eles podem fazer", investigação esta que pode ser proveitosamente informada pelas sérias pesquisas empíricas sobre a psicologia do julgamento.

[3] Na Ciência política, a "opinião pública" é apresentada com sentidos diversos. Como observa BONAVIDES, Paulo (1988, p. 562), o termo é utilizado "ora como a opinião de uma classe, ora de toda a nação (opinião de todos), ora simplesmente da maioria dominante ou ainda das classes instruídas, em contraste com as massas analfabetas."

[4] BAUMAN, Zygmunt (2000, p. 11) sustenta que a comunicação eventual entre as esferas da vida pública e da vida privada, por meio da qual se manifesta nossa sociabilidade, se dá através de "explosões espetaculares", nas quais "oportunidades de extravasão surgem por vezes em festivais de compaixão e caridade, por vezes em eclosões de agressão acumulada contra um inimigo público recém-descoberto (...), outras em um acontecimento no qual a maioria das pessoas se sente fortemente envolvida ao mesmo tempo." O sociólogo polonês argumenta que essas "explosões" são marcadas por sua efemeridade, já que "perdem força rapidamente", pois "assim que voltamos às questões rotineiras do nosso dia-a-dia, as coisas também retornam, inalteradas, ao ponto inicial."

de pressão.[5] Os juízes se mantêm cientes dos anseios populares, sobretudo, através da mídia, o que, de certo modo, possibilita uma interferência dos meios de comunicação na percepção acerca da vontade popular. Distorções, omissões ou superexposições com o intuito de favorecer ou prejudicar os interesses de certos grupos não são incomuns. Mesmo quando elaboradas pesquisas específicas de opinião pública sobre determinados temas, há sempre o risco de serem produzidos "resultados artificiais".[6]

A influência exercida pela opinião pública sobre as decisões judiciais pode ser abordada sob duas perspectivas distintas. Em *termos normativos*, a discussão tem como foco central a legitimidade da influência popular sobre as decisões, sobretudo em face do papel contramajoritário da jurisdição constitucional. Em que medida os juízes devem estar atentos à opinião pública e se deixar influenciar por ela? Em que tipo de situação essa influência deve ou não ser admitida? A sensibilidade dos juízes aos anseios sociais fortalece o regime democrático ou é algo incompatível com o papel do Judiciário em um Estado de Direito? Sob o *ponto de vista descritivo*, a análise volta-se para a efetiva influência exercida pela opinião pública sobre o comportamento dos juízes. Por que uma corte constitucional[7] se preocuparia com a possível reação da opinião pública às decisões por ela proferidas? Em que medida essa preocupação seria capaz de influenciar o comportamento de seus membros? Em que tipo de contexto essa influência teria maior probabilidade de se manifestar?

A presente abordagem terá um caráter eminentemente *descritivo*. Não se incluem entre as preocupações que irão nortear este trabalho discutir se a opinião pública deve ou não influenciar o comportamento judicial, ou em que medida e em quais circunstâncias isso seria desejável. Essas questões poderão ser desenvolvidas em uma abordagem prescritiva, que, embora de extrema relevância, pressupõe o conhecimento e a compreensão do cenário decisório real, o que só é possível através da observação e interpretação dos fenômenos empíricos e dos mecanismos de pressão que atuam sobre o comportamento dos juízes.

[5] BARROSO (2011, p. 267): "A sintonia com a opinião pública envolve diversas nuances. Por vezes, grupos de pressão bem situados são capazes de induzir ou falsear a real vontade popular"; PEREIRA (2012): "Em certas situações, a opinião hegemônica dos cidadãos surge espontaneamente e, em sequência, é captada e vocalizada na mídia tradicional. Noutras ocasiões, diversamente, é a visão dos agentes controladores da mídia que influencia e determina a opinião da audiência. Nessa dinâmica, não raro se torna impossível apontar a origem da ideia tida por hegemônica e divisar a sempre lembrada diferença entre a opinião pública e a 'opinião publicada'."

[6] Nesse sentido, Jane Reis Pereira (2012) argumenta que, "em certas situações, a opinião hegemônica dos cidadãos surge espontaneamente e, em sequência, é captada e vocalizada na mídia tradicional. Noutras ocasiões, diversamente, é a visão dos agentes controladores da mídia que influencia e determina a opinião da audiência. Nessa dinâmica, não raro se torna impossível apontar a origem da ideia tida por hegemônica e divisar a sempre lembrada diferença entre a opinião pública e a 'opinião publicada'. Já quando a posição popular é apurada por pesquisas – as quais, em tese, teriam o selo da imparcialidade e da objetividade – há o risco de serem produzidos resultados artificiais, seja porque quando indagadas sobre temas polêmicos as pessoas tendem a emitir julgamentos sobre assuntos sobre os quais não refletiram ou que desconhecem, seja porque o próprio processo de inquirição eventualmente sugestiona as respostas."

[7] O termo "corte constitucional" será utilizado para fazer referência tanto às supremas cortes inspiradas no modelo norte-americano, quanto aos tribunais constitucionais típicos do sistema europeu.

1 A tensão entre o controle de constitucionalidade e o princípio majoritário: a "dificuldade contramajoritária"

Uma das principais críticas à influência da opinião pública tem como fundamento o papel contramajoritário que deve ser desempenhado pelas cortes constitucionais. A base lógica tradicional para se conferir um poder político a um órgão composto de membros não eleitos consiste na necessidade de proteção das minorias contra o excesso democrático, o que pressupõe, ao menos até certo ponto, uma atuação independente da influência da opinião pública. Nesse sentido, os defensores da *resposta madisoniana*[8] consideram o controle dos excessos de maiorias legislativas como principal razão para a existência da jurisdição constitucional. (NORPOTH; SEGAL, 1994, p. 711). O papel contramajoritário revelar-se-ia especialmente relevante naqueles casos em que direitos básicos são desrespeitados pela maioria legislativa e teria por finalidade evitar que esta se transforme em uma maioria "tirânica". O princípio democrático, segundo essa concepção, não se esgotaria no princípio majoritário, mostrando-se desejável que algumas decisões políticas sejam tomadas por uma instituição relativamente isolada de pressões políticas. (BARNUM, 1985, p. 652-653).

Essa resposta tradicional, no entanto, vem sendo contestada por teóricos positivos,[9] desde meados do século passado, com base na *tese do regime dominante* (*ruling regime*) formulada por Robert Dahl.[10] Ao analisar o contexto estadunidense, Dahl (1957) conclui que a preocupação com a "dificuldade contramajoritária"[11] é algo sem fundamento, por terem sido raríssimos os casos nos quais a Suprema Corte foi bem sucedida na tentativa de bloquear a vontade da maioria em questões políticas importantes. Segundo o autor, embora tenha competência para tomar decisões políticas contramajoritárias, a Suprema Corte geralmente não o faz por estar alinhada ao "regime dominante", isto é, com o Presidente da República e com o Congresso. Somente durante curtos períodos de transição, quando a antiga aliança está se desintegrando e a nova está lutando para assumir o controle das instituições políticas, o

[8] James Madison, que era advogado e político, foi o quarto Presidente dos EUA e um dos coautores da famosa obra "Os Federalistas".

[9] O termo "teóricos positivos" é utilizado, sobretudo na ciência política, para designar os estudiosos que têm como foco central de suas preocupações teóricas a descrição da realidade existente. Distinguem-se, portanto, dos "teóricos normativos", cuja preocupação principal está relacionada à modificação da realidade existente, a como esta realidade deveria ser e não como ela efetivamente é.

[10] A importância do artigo elaborado por Dahl é destacada por Epstein, Knight e Martin (2001, p. 583) ao observarem que "não decorreu um único ano ao longo das duas últimas décadas sem que um artigo publicado em uma revista de ciências sociais ou em uma revista de direito tenha citado a peça. Ainda mais importante é a diversidade de trabalhos - e trabalhos de alta qualidade - baseados no estudo do professor Dahl, da investigação sobre a relação entre a opinião pública e a Suprema Corte dos EUA até o papel que os *justices* desempenham para facilitar os realinhamentos partidários à capacidade do Tribunal de gerar mudanças sociais."

[11] Em *The least dangerous branch*, Alexander Bickel argumenta que a declaração de inconstitucionalidade de leis elaboradas por representantes democraticamente eleitos contraria a vontade popular e que, nesta tendência contramajoritária, estaria a raiz da dificuldade de se justificar a *judicial review*. Segundo Bickel (1986, p. 16-17), quando um tribunal declara a inconstitucionalidade de um ato do Legislativo ou do Executivo, contraria a vontade de representantes eleitos democraticamente e, por isso, exerce um controle contra a maioria dominante, e não em nome dela.

papel contramajoritário teria maior probabilidade de ser desempenhado, haja vista que, nesses períodos, o Tribunal ainda é um resquício da antiga coalizão. De acordo com essa tese, a Suprema Corte funcionaria como uma espécie de "órgão de legitimação"[12] das políticas da aliança dominante e dos padrões básicos de comportamento necessários ao funcionamento de uma democracia, os quais pressupõem a existência de um amplo consenso acerca de sua validade e adequação. Nesse sentido, embora não seja uma instituição formalmente democrática, a corte constitucional, quando sensível à vontade majoritária, teria um caráter substancialmente democrático.

A tese de que os juízes votam de acordo com as próprias preferências políticas e que estas coincidem com as do regime dominante é contestada pelos adeptos do *modelo estratégico*,[13] os quais apontam fundamentos diversos para o alinhamento entre os poderes. Para Epstein *et al.* (2004, p. 186), a constatação empírica de que a Suprema Corte quase nunca assume um papel contramajoritário pode ser melhor explicada pela necessidade de uma atuação estratégica de seus membros em virtude das limitações institucionais a que estão submetidos. Nessa perspectiva, os *justices* não conseguiriam implementar as próprias preferências políticas sem levar em conta as preferências e as prováveis reações do Legislativo e do Executivo. A "dificuldade contramajoritária" seria resolvida, então, com base em um importante efeito do sistema da separação de poderes: "um incentivo estratégico para antecipar e reagir às preferências dos agentes eleitos." Para evitar que novas leis ou mesmo emendas à constituição venham a superar as próprias decisões, os juízes interessados em aproximar o conteúdo do direito de suas preferências políticas pessoais teriam que agir estrategicamente, ou seja, não poderiam se afastar muito das preferências do "regime dominante", o que resultaria no alinhamento constatado.

1.1 O papel protetivo, conformador e representativo das cortes constitucionais

A suposta correspondência entre a vontade popular e o conteúdo das normas elaboradas por representantes democraticamente eleitos, assim como a noção de que a proteção de direitos das minorias implica uma atuação contramajoritária são hipóteses que, por variados motivos, nem sempre se verificam na realidade.[14]

[12] FUNSTON (1975, p. 808-809): "... os professores Dahl e Charles Black estavam corretos ao enfatizar a função da Corte como um órgão de legitimação. O conceito tradicional da Corte como o paladino dos direitos das minorias contra as exigências da maioria é, *em grande medida*, incorreta."

[13] O *modelo estratégico* parte de uma premissa simples, mas bastante persuasiva: se os juízes, de fato, se preocupam em avançar objetivos pessoais, seria ingênuo supor que atuam pensando somente no seu resultado preferido, sem considerar as possíveis consequências de suas escolhas e sem agir para torná-las compatíveis, tanto quanto possível, com suas preferências. (BAUM, 2008, p. 14). Apesar de compatível com qualquer outro modelo de comportamento judicial orientado pelo objetivo, a maior parte dos adeptos do *modelo estratégico* adota a mesma premissa do *modelo atitudinal*, no sentido de que os membros da corte constitucional têm como principal objetivo aproximar o direito de suas preferências ideológicas. A principal diferença entre os dois modelos é a forma de atuação (sincera ou estratégica) adotada para alcançar este objetivo.

[14] MENDONÇA (2009, p. 236): "A chamada dificuldade contramajoritária, apontada como característica da jurisdição constitucional, assume como premissa a suposta identidade real entre a vontade popular e as manifestações dos agentes eleitos. Entretanto, nada garante que tal identidade exista de fato. Pelo

Primeiro, porque a *maioria legislativa*, compreendida como o número necessário de parlamentares para a aprovação de uma lei, não corresponde necessariamente à *maioria popular*. Além de uma parte significativa da população não participar ativamente do processo político-eleitoral,[15] muitos candidatos podem ser eleitos com menos da metade do total de votos.[16] Ademais, os interesses de caráter pessoal, as distorções existentes no processo eleitoral e também o conjunto de forças socioeconômicas atuantes nas eleições e durante os mandatos, com frequência, impedem que o grupo político escolhido pelo voto popular represente os reais interesses daqueles que os elegeram ou que vote de acordo com as preferências e desejos da maioria da população. São comuns os casos de grupos de interesse que, apesar de numericamente minoritários, conseguem se fazer representar de um modo desproporcionalmente forte.[17] Em contrapartida, há vários segmentos sociais sub-representados, quer em virtude de algum tipo de hipossuficiência, preconceito ou discriminação, quer apenas por não conseguir se mobilizar politicamente de forma articulada. Vale ressaltar, ainda, que a Constituição brasileira de 1988 consagrou um processo legislativo indireto, modelo no qual os parlamentares recebem poderes para decidir os assuntos de sua competência legiferante com total autonomia em relação à vontade daqueles que os elegeram. Não são necessárias investigações empíricas para constatar a existência de inúmeras normas jurídicas cujo conteúdo não reflete a vontade majoritária e que, se submetidas a consulta popular, seriam rechaçadas pela grande maioria da população. Por tudo isso, mais do que a expressão da vontade de uma maioria, as opções políticas consagradas nas leis costumam ser "o resultado do conflito, da negociação e do acordo entre as minorias".[18]

---

contrário, é bastante razoável supor que muitas das decisões provenientes das instâncias majoritárias seriam rechaçadas pela maioria do eleitorado caso fosse possível submetê-las à ratificação. Sem dúvida, tal circunstância é potencializada pela atual crise de representatividade dos parlamentos, agravada no Brasil pela virtual inexistência de mecanismos de acompanhamento democrático do exercício dos mandatos legislativos. Apesar disso, a constatação seria pertinente mesmo em um sistema de representação em adequado funcionamento. A possibilidade de desencontro entre a manifestação de vontade do corpo de representantes e dos representados é uma característica inerente à representatividade, nem sempre percebida com clareza em razão do alheamento político e da dispersão da opinião pública, sobretudo em relação aos temas menos glamourosos."

[15] No Brasil, não podem votar os menores de 16 anos, os estrangeiros, os conscritos durante o serviço militar obrigatório (CRFB/88, Art. 14, § 2º) e os que estiverem com os direitos políticos suspensos (CRFB/88, Art. 15). Ademais, o voto é facultativo para os analfabetos, os maiores de setenta anos e os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos (CRFB/88, Art. 14, § 1º, II). Por fim, há ainda os que, apesar de terem capacidade eleitoral ativa, abstêm-se de votar. Segundo o *Tribunal Superior Eleitoral* (TSE), os índices de abstenção no 1º turno das eleições federais e estaduais foram de: 11,9% em 1989; 17,8% em 1994; 21,49% em 1998; 17,7% em 2002; 16,76% em 2006; 18,12% em 2010. No segundo turno das eleições municipais de 2012, o índice chegou a 19, 11%.

[16] É o que ocorre nas eleições majoritárias para o Senado (CRFB/88, art. 46), nas quais se exige a maioria relativa dos votos, e nas eleições proporcionais para a Câmara dos Deputados (CRFB/88, Art. 45), para as Assembleias Legislativas (CRFB/88, Art. 27, § 1º) e Câmara de Vereadores (CRFB/88, Art. 29, IV). Nas eleições para o Executivo federal, estadual e municipal, a Constituição de 1988 exige a maioria absoluta dos votos, exceto para os Municípios com até duzentos mil eleitores (CRFB/88, Art. 29, II).

[17] De acordo com Segal e Spaeth (1993, p. 240), "os grupos de interesse estão entre os principais definidores de políticas públicas nos Estados Unidos. Eles contribuem com grandes quantidades de dinheiro e pessoal para campanhas políticas."

[18] DAHL (1957, p. 294): "De um modo geral, a política em nível nacional é o resultado do conflito,

Em segundo lugar, é preciso distinguir a legislatura da época em que um determinado projeto de lei foi aprovado daquela contemporânea à decisão que declarou a lei inconstitucional. Em muitos casos, as preferências políticas dos integrantes da *legislatura atual* não continuam idênticas às da da *legislatura de aprovação* da lei. A superveniência de eleições pode gerar um "conflito intertemporal de interesses", devido a mudanças nas preferências políticas dos parlamentares eleitos para as diferentes legislaturas (FEREJOHN; WEINGAST, 1991, p. 1). Quanto maior o lapso temporal entre a promulgação de uma lei e a decisão que a invalidou, maior a possibilidade de que mudanças fáticas e sociais reduzam o grau de correspondência entre o conteúdo normativo e as preferências políticas da maioria legislativa atual. Nesse caso, a rigor, a invalidação de uma lei pela corte constitucional não pode ser rotulada como uma decisão efetivamente "contramajoritária".[19]

Um terceiro aspecto relevante se refere às possíveis divergências entre a *maioria nacional* e as *maiorias locais*. Em inúmeras questões federais, a proteção de direitos da maioria da população nacional pode exigir decisões contrárias a interesses da maioria local. Isso significa que uma determinada decisão pode ser contramajoritária em termos regionais ou locais, mas majoritária no âmbito nacional.[20]

Por fim, vale lembrar que nem toda decisão favorável à *proteção de minorias* é necessariamente uma *decisão contramajoritária*. Em muitas questões, pode haver um apoio efetivo ou tendencial aos direitos de minorias pela maioria da população. Em casos com tais características, um tribunal pode decidir em favor dos direitos de minorias e, ainda sim, contar com o apoio majoritário.[21]

---

da negociação e do acordo entre as minorias; o processo não é nem o governo da minoria, nem o governo da maioria, mas o que poderia ser melhor denominado de governo das *minorias*, onde uma agregação de minorias alcança políticas em oposição a outra agregação."

[19] Um julgado ilustrativo desta situação é o caso no qual a Suprema Corte invalidou uma lei de 1879 do Estado de Connecticut que proibia o uso de contraceptivos (*Griswold v. Connecticut*, 1965). No momento em que a decisão foi proferida, pesquisas de opinião pública indicavam que mais de 80% dos norte-americanos eram favoráveis à disponibilização de informações relativas ao controle de natalidade. Neste caso, a intervenção judicial no processo de formulação de políticas serviu para colocar a legislação em conformidade com as preferências de uma maioria nacional, configurando-se em um exemplo flagrante de decisão "majoritária" (BARNUM, 1985, p. 655).

[20] É o que ocorreu, por exemplo, na decisão da Suprema Corte dos EUA que anulou as leis que exigiam a segregação racial nas escolas (*Brown v. Board of Education*, 1954) e na que invalidou as leis que proibiam o casamento interracial (*Loving v. Virginia*, 1967). Segundo Barnum (1985, p. 657), embora existissem evidências de que "a Corte estava em sintonia com as tendências pré-existentes em nível nacional da opinião pública sobre as questões de dessegregação na escola e de casamento interracial, a intervenção da Corte no processo de formulação de políticas em cada uma dessas questões foi aparentemente um genuíno ato de tomada de decisão contramajoritária."

[21] Atento a esta questão, Barnum (1985, p. 662) considera que a reputação contramajoritária da Suprema Corte no período posterior ao *New Deal* pode ter sido exagerada. Segundo ele, em muitas das decisões nas quais protegeu direitos das minorias, a Corte foi apoiada pela maioria popular ou, ao menos, havia uma tendência crescente de apoio no sentido da decisão. Nas questões em que não gozava do apoio da opinião da maioria em favor dos direitos das minorias, o Tribunal se mostrou relutante para decidir. Diante dos dados pesquisados, Barnum concluiu que o ativismo judicial da Suprema Corte pós-*New Deal*, se analisado no contexto das tendências da opinião pública, mostra-se surpreendentemente coerente com os princípios majoritários.

Todas essas distinções, que demonstram inexistir uma correspondência necessária entre as escolhas formalizadas pelos representantes democraticamente eleitos e a vontade real da maioria popular, revelam a fragilidade da premissa na qual se apoia a chamada "dificuldade contramajoritária". A legitimidade democrática formal não representa qualquer garantia de *legitimidade democrática substancial*, considerada como a efetiva correspondência entre as escolhas legislativas e as preferências da parcela majoritária da população. Em muitos casos, a anulação de atos legislativos pela jurisdição constitucional vai ao encontro do que realmente deseja a maioria da população. Em outros, a declaração de inconstitucionalidade de uma lei e/ou a proteção de direitos de minorias pode significar um reforço da vontade majoritária e não um enfraquecimento. Por tais razões, a mera análise estatística da quantidade de leis invalidadas, por si só, diz muito pouco sobre uma efetiva atuação "contramajoritária" das cortes constitucionais. Estas desempenham não apenas um importante *papel protetivo* dos direitos das minorias contra eventuais excessos da maioria, mas também um importante *papel conformador* no sentido de detectar eventuais conflitos entre a legislação e a vontade da maioria popular e estimular o processo de conformação da política estatal às efetivas preferências nacionais. (BARNUM, 1985, p. 664). É possível identificar, ainda, um *papel representativo* exercido pelas cortes constitucionais ao atender demandas sociais e anseios políticos que não foram satisfeitos a tempo e a hora pelo parlamento.[22] Isso não significa que tenham maior expertise ou que sejam a instituição mais adequada para representar a vontade majoritária, mas revela que uma dicotomia irrefletida entre maioria e minoria pode conduzir a respostas desnecessariamente antagônicas, ofuscando a visão sobre o efetivo papel desempenhado pelas cortes constitucionais, que, além de atuarem no sentido de *proteger* os direitos das minorias contra eventuais excessos da maioria, estimulam a *conformação* dos atos políticos à vontade da maioria popular e, eventualmente, até a *representam* em demandas não atendidas pelos órgãos de representação popular.

2 O STF e a opinião pública

Nos últimos anos, a intensa exposição midiática do Supremo Tribunal Federal (STF) tem despertado a atenção não só de cientistas políticos, mas também de juristas interessados em compreender de que forma as pressões externas podem interferir no comportamento de voto dos ministros. Dentre os variados fatores que têm contribuído para a crescente visibilidade do Tribunal, pode-se destacar a inédita sequência de casos com forte apelo social, político/ou midiático que teve como ápice o "julgamento do mensalão" (AP 470/DF),

[22] Nesse sentido, Mendonça e Barroso (2013) observam que "circunstâncias diversas têm colocado ênfase no papel representativo do Supremo Tribunal Federal. Apesar de se tratar de uma questão pouco teorizada, o fato é que um olhar reconstrutivo sobre a jurisprudência e a própria postura da Corte permite concluir que ela tem desenvolvido, de forma crescente, uma nítida percepção de si mesma como representante da soberania popular. Mais precisamente, como representante de decisões soberanas materializadas na Constituição Federal e difundidas por meio de um sentimento constitucional que, venturosamente, se irradiou pela sociedade como um todo. Tal realidade é perceptível na frequência com que as normas da Constituição são invocadas nos mais diversos ambientes."

que despertou grande interesse do público e foi objeto de uma cobertura jamais vista no país, com matérias e reportagens veiculadas diariamente em jornais, revistas, rádios e emissoras de televisão.[23] A exposição midiática foi de tal monta que alguns dos ministros se tornaram personagens conhecidos de grande parte dos cidadãos brasileiros.[24]

Na percepção de alguns analistas, a forte pressão exercida pela mídia e pela opinião pública teria influenciado o comportamento de voto de alguns dos ministros.[25] Para Mendonça e Barroso (2013), a postura mais rígida adotada pelo STF teria sido um "ponto fora da curva", uma vez que as demais decisões proferidas no mesmo ano contrariam a suposta tendência de endurecimento em matéria penal.[26] Parte da comunidade jurídica criticou a mudança de

[23] FERREIRA (2013, p. A10): "Em 2012, ano do julgamento do mensalão e de outros casos de grande repercussão, a exposição do Supremo Tribunal Federal (STF) em 1.424 veículos de mídia escrita do país cresceu 116%, na comparação com 2011. O pico no número de citações ao tribunal em jornais, revistas, portais e blogs da internet verificados por empresas de mídia contratadas pelo STF ocorreu em agosto, primeiro mês do mensalão, quando as referências à corte mais que quadruplicaram. O 'ano pop' do STF também foi percebido nas redes sociais. Em janeiro de 2012 o tribunal tinha cerca de 180 mil seguidores no Twitter. Esse número subiu para 316 mil em dezembro."

[24] Em uma pesquisa de opinião pública realizada no final de 2012, o Ministro Joaquim Barbosa – Relator do processo e um de seus principais protagonistas – chegou a ter 10% das intenções de voto para a Presidência da República, aparecendo em terceiro lugar entre os potenciais candidatos. A pesquisa apontou, ainda, que o Ministro ganha destaque entre os mais escolarizados (21%) e entre aqueles com renda mensal familiar de 5 a 10 mínimos (20%). (DATAFOLHA, 2012). No final de 2013, após mais um ano de "julgamento do mensalão" com intensa cobertura da imprensa, o nome de Joaquim Barbosa passou a ter a segunda maior intenção de votos (15%) entre os eleitores, um aumento de 50% em relação o ano anterior, ficando atrás apenas do Presidente da República em exercício. (DATAFOLHA, 2013a).

[25] Nesse sentido, *e.g.*, a opinião manifestada por Breno Altman (2012, p. A3): "Os monopólios da comunicação exercem pressão para que a corte endosse sua versão e condene a qualquer custo. Mais que preocupação eleitoral imediata, a batalha se trava para legitimar a velha mídia, verdadeiro partido das elites, como senhora da opinião pública, além de impor gravame ético ao PT e ao governo Lula. Apesar da resistência de alguns juízes, vem à baila comportamento que remonta a práticas inquisitoriais. Jurisprudências estão sendo alteradas por novas interpretações. Magistrados que absolveram o ex-presidente Fernando Collor da denúncia de corrupção passiva, inexistindo ato de ofício, agora apregoam que essa já não é a exigência seminal. Fala-se abertamente em 'flexibilização de provas', eufemismo para que condenações possam ser emitidas a despeito da materialidade dos fatos, ampliando de forma quase ilimitada a subjetividade de opinião dos que têm o dever de julgar. Também apela-se à tese de 'domínio funcional do fato'. Por esse conceito, pode-se condenar sem provas cabais de autoria, bastando que o cargo do réu, mais evidências *latu sensu*, corrobore ilação de responsabilidade, na prática eliminando a presunção de inocência."

[26] MENDONÇA; BARROSO (2013): "A verdade é que jamais houve um julgamento sob clamor público tão intenso, assim como sob mobilização tão implacável dos meios de comunicação. E é fora de dúvida que o STF aceitou e apreciou o papel de atender à demanda social pela condenação de certas práticas atávicas, que não devem ser aceitas como traço inerente ao sistema político brasileiro ou à identidade nacional. Desempenhou, assim, o papel representativo de agente da mudança. É inegável, todavia, que a superação de linhas jurisprudenciais anteriores, a dureza das penas e o tom por vezes panfletário de alguns votos surpreenderam boa parte da comunidade jurídica. [...] A visibilidade pública, a cobrança da mídia e as paixões da plateia criaram, na sociedade, um ambiente mais próprio à catarse do que à compreensão objetiva dos fatos. Divergências maiores ou menores quanto à prova e suas implicações jurídicas eram tratadas pelo público com a exaltação das torcidas futebolísticas. De lado a lado. Esse misto de incompreensão e intolerância levou a episódios de incivilidade como o que foi vivido pelo ministro Lewandowski em uma seção eleitoral em São Paulo. O mesmo ministro, aliás, que havia recebido inúmeras manifestações de apoio popular por seu papel de destaque na condução das Eleições de 2010 e no julgamento que confirmou a validade

tom em relação à jurisprudência até então adotada pelo tribunal, sob o argumento de que teria se distanciado da tradição garantista, flexibilizando a interpretação e os critérios de admissibilidade de determinadas provas. Não faltaram penalistas a destacar que a "teoria do domínio do fato", invocada como fundamento para algumas das condenações, teria sido aplicada de modo equivocado e que, a rigor, não fora utilizada para a descoberta do resultado, mas apenas para justificar escolhas feitas sob a influência da mídia e da opinião pública.[27]

A pressão externa gerou reações em sentidos opostos dentro da corte.[28] De um lado, ministros mais afinados com o discurso da imprensa e com o ímpeto punitivo da maioria da população[29] sustentavam que deveria ser oferecida uma pronta resposta à sociedade e consideravam que a celeridade do julgamento seria algo desejável.[30] De outro, aqueles que acolhiam pontos de vista divergentes ressaltavam a necessidade de assegurar aos réus o direito à ampla defesa e demonstravam visível desconforto com as medidas voltadas a tornar mais célere a tramitação do processo.[31] Antes mesmo do início do julgamento no plenário, após ter sido criticado pela demora, Lewandowski antecipou a liberação de seu voto e desabafou: "É o voto-revisor mais curto da história do Supremo Tribunal Federal. A média para um réu é de seis meses. Eu fiz das tripas coração para respeitar o que foi estabelecido pela Suprema Corte." (SELIGMAN, 2012, p. A4).[32]

---

da Lei da Ficha Limpa. A lição é inequívoca: o reconhecimento popular pode ser efêmero e mutável, e o bom juiz não pode e não deve agir para obtê-lo."

[27] TÓRTIMA (2012): "Não se pode deixar de lamentar que aparentemente se tenha recorrido ao seu uso de forma equivocada em um julgamento de tamanha repercussão. [...] A adoção de teorias aparentemente herméticas, e, de toda sorte, conhecidas por uma parcela pequena da população e mesmo da comunidade jurídica, costuma servir de álibi para drásticas alterações de orientação de entendimento jurídico."

[28] O Ministro Celso de Mello, responsável pelo voto de desempate a favor da admissibilidade dos embargos infringentes, afirmou: "Há alguns que ainda insistem em dizer que não fui exposto a uma brutal pressão midiática. Basta ler, no entanto, os artigos e editoriais publicados em diversos meios de comunicação social (os 'mass media') para se concluir diversamente! É de registrar-se que essa pressão, além de inadequada e insólita, resultou absolutamente inútil. [...] Essa tentativa de subjugação midiática da consciência crítica do juiz mostra-se extremamente grave e por isso mesmo insólita." (BERGAMO, 2013, p. E2).

[29] Pouco antes do início do "julgamento do mensalão", o jornal *Folha de S. Paulo* publicou pesquisa de opinião pública na qual cerca de 70% dos brasileiros eram favoráveis à condenação dos réus.

[30] O então Presidente do STF, Ministro Ayres Britto, chegou a enviar um ofício ao revisor alertando sobre os prazos regimentais, o que causou indignação nos advogados dos réus e em alguns membros do Partido dos Trabalhadores (PT) que consideraram a ação como "atípica". Ao defenderem a atitude de Britto, alguns Ministros chegaram a afirmar que o revisor estaria agindo "contra o colegiado" ao protelar a liberação do voto. (MAGALHÃES, 2012, p. A4). Em outra oportunidade, o Ministro Joaquim Barbosa demonstrou irritação com a possibilidade de que o "julgamento do mensalão" se prolongasse até 2013. "A nação não aguenta mais este julgamento"; "está na hora de acabar", afirmou o Relator no final de 2012. (SELIGMAN; COUTINHO; FALCÃO, 2012, p. A4).

[31] Na sessão do dia 15.08.2013, o Ministro Ricardo Lewandowski sugeriu que a sessão fosse interrompida para ser retomada na semana seguinte e, diante da negativa de Joaquim Barbosa, afirmou: "Presidente, nós estamos com pressa de quê? Nós queremos fazer justiça." Barbosa, por sua vez, respondeu: "Nós queremos fazer nosso trabalho. Fazer nosso trabalho e não chicana." Diante da dura discussão travada entre os ministros, o decano da Corte, Ministro Celso de Mello, fez uma intervenção para sugerir que a sessão fosse suspensa.

[32] Em reportagem publicada pelo Jornal *Folha de S. Paulo*, no ano de 2007, a jornalista Vera Magalhães

Um verdadeiro embate doutrinário e ideológico foi travado entre os ministros. Se, de um lado, Joaquim Barbosa afirmava que algumas das penas impostas foram demasiadamente baixas em decorrência de uma "leitura errônea" do dispositivo do Código Penal;[33] de outro, Dias Toffoli criticava a "dureza" das penas aplicadas aos réus e defendia a fixação de medidas alternativas, sob o argumento de se tratar de um tipo de crime praticado por "pessoas que não são violentas, que não agridem o ser humano do ponto de vista real."[34] O julgamento foi marcado, ainda, por acalorados debates e contundentes discordâncias sobre a interpretação de textos normativos e a valoração de fatos, principalmente, entre o relator e o revisor. Segundo levantamento do jornal *O Globo*, Joaquim Barbosa e Ricardo Lewandowski tiveram uma visão diferente em 46% das 71 decisões que trataram sobre a prática ou não de um determinado crime (GÓES, 2012). Não obstante as divergências mostrarem-se usuais no meio jurídico, a defesa contundente de posições diametralmente opostas durante o julgamento e as ásperas discussões travadas entre os ministros não deixam dúvidas de que a alta saliência política, social e midiática do caso tornou o ambiente decisório ainda mais suscetível à influência não apenas da mídia e da opinião pública, mas também de outros fatores extrajurídicos.

2.1 Razões subjacentes à convergência de opiniões

Os ministros do Supremo Tribunal Federal, além de possuírem garantias funcionais voltadas a proteger sua independência e imparcialidade, não dependem da população para serem mantidos no cargo e, portanto, não possuem os mesmos incentivos de agentes políticos eleitos pelo voto popular. Por que motivo, então, a opinião pública poderia influenciar o comportamento deles?

(2007, p. A4) afirmou ter presenciado conversa telefônica na qual o Ministro teria manifestado seu desconforto com a pressão externa exercida pela imprensa. A notícia foi veiculada nos seguintes termos: "Em conversa telefônica na noite de anteontem, o ministro Ricardo Lewandowski, do STF (Supremo Tribunal Federal), reclamou de suposta interferência da imprensa no resultado do julgamento que decidiu pela abertura de ação penal contra os 40 acusados de envolvimento no mensalão. 'A imprensa acuou o Supremo', avaliou Lewandowski para um interlocutor de nome 'Marcelo'. 'Todo mundo votou com a faca no pescoço.' Ainda segundo ele, 'a tendência era amaciar para o Dirceu'. Lewandowski foi o único a divergir do relator, Joaquim Barbosa, quanto à imputação do crime de formação de quadrilha para o ex-ministro da Casa Civil e deputado cassado José Dirceu, descrito na denúncia do procurador-geral da República, Antonio Fernando de Souza, como o 'chefe da organização criminosa' de 40 pessoas envolvidas de alguma forma no escândalo."

[33] O Ministro afirmou: "Eu chamei a atenção no Plenário para uma discrepância que ocorria durante o julgamento. Disse, naquela oportunidade, que o Plenário vinha fazendo uma leitura errônea do artigo do Código Penal relativo à corrupção passiva, que me parecia uma leitura errônea e, em consequência dessa leitura errônea, algumas penas, sobretudo as fixadas após a saída do ministro Carlos Britto, estavam muito baixas, muito discrepantes. Eu cumpri o meu dever, alertei para o fato. O Plenário, que é soberano, achou por bem não considerar as consequências daquele fenômeno que eu havia apontado. Não insisti mais no pleito." (BALIARDO, 2012).

[34] Durante o julgamento, o Ministro Dias Toffoli chegou a afirmar que "prisão combina com período medieval" e que "a filosofia daquele que comete um delito está em debate na sociedade contemporânea há muito tempo. Esse parâmetro do julgamento em 2012 não é o parâmetro da época de Torquemada, da época da condenação fácil à fogueira." (AGÊNCIA BRASIL, 2012).

Ao contrário das críticas dirigidas às pressões externas, em geral, de forma contundente,[35] as poucas manifestações favoráveis à sensibilidade dos juízes aos anseios populares costumam ser feitas com cautela e de modo eufemístico.[36] Não obstante, o fato de a opinião pública raramente ser mencionada em "pronunciamentos oficiais" de membros do Judiciário tem pouca relevância na aferição de sua real influência. Referências à opinião pública podem ser deliberadamente omitidas por esta ser considerada uma influência indevida ou mesmo para evitar que o tribunal seja visto como uma instituição política semelhante às demais. Não seria sensato esperar que os juízes, ao proferir decisões, admitissem estar cedendo a algum tipo de pressão popular.[37] Em alguns casos, é provável, ainda, que essa influência opere abaixo do nível da plena consciência, sem que seja deliberadamente levada em conta pelo julgador. A rigor, as alusões à opinião pública se caracterizam como enunciados normativos formulados no sentido de que ela *deve* ou *não deve* influenciar as decisões judiciais.

A convergência entre a opinião pública e as decisões do STF pode resultar de razões de natureza distinta, conforme o contexto decisório e institucional. Tais razões serão analisadas em separado, o que não significa que sejam necessariamente excludentes ou incompatíveis entre si.

---

[35] O Ministro Luís Roberto Barroso, quando do "julgamento do mensalão", afirmou: "Se o que eu considerar certo e justo não coincidir com o que sai no jornal no outro dia, cumpro o meu dever contra a opinião pública. Esse é o papel de uma corte constitucional. Sou um juiz constitucional. Não julgamos para a multidão, julgamos pessoas. [...] Não estou subordinado à multidão, estou subordinado à Constituição." O Ministro Gilmar Mendes é um dos que costuma adotar, com maior frequência, uma postura crítica em relação à influência da opinião pública. Quando do julgamento da "Lei da Ficha Limpa" (RE 633.703/MG, j. 23.3.2011), diante da pressão popular para que o STF admitisse a incidência imediata das novas regras, Mendes destacou que a missão da Corte seria aplicar a Constituição, independentemente da opinião pública, sendo que o princípio da anterioridade eleitoral (CRFB/88, art. 16), enquanto *garantia da minoria*, deveria atuar como "uma barreira contra a atuação sempre ameaçadora da maioria." Em seu voto como Relator, o Ministro teceu as seguintes considerações: "É compreensível a ação das várias associações e das várias organizações sociais tendo em vista a repercussão que esse tema tem na opinião pública. Sabemos que, para temas complexos em geral, há sempre uma solução simples e em geral errada. E para esse caso a população passa a acreditar que a solução para a improbidade administrativa, para as mazelas da vida política, é a Lei do Ficha Limpa. A partir daí há, na verdade, a tentativa de aprisionar, o que nos dificulta enormemente a missão nesta Corte, como em outros casos, porque acabamos tendo de nos pronunciar de forma contramajoritária, claro, tendo em vista a opinião pública, segundo as pesquisas manifestadas de opinião. Mas esta é a missão desta Corte: aplicar a Constituição, ainda que contra a opinião majoritária."

[36] Por sua vez, o Ministro Luiz Fux, embora tenha ressalvado que a opinião pública não pode interferir na "avaliação das provas" e na "aplicação do direito" em ações individuais, admitiu que "as vozes sociais têm que ser ouvidas" em determinadas questões e citou, como exemplo, os casos envolvendo a "união homoafetiva" e a "marcha da maconha". (BASILE, 2012).

[37] Mesmo na Suprema Corte dos EUA, onde o alinhamento com a opinião pública tem sido constatado empiricamente, as referências a ela não são usuais. De acordo com o levantamento feito por Thomas Marshall (1989, p. 35-39), a opinião pública é mencionada em menos de 2% dos votos majoritários dessa Corte, e, somente em cerca de um quinto desses casos, os *justices* sugerem que o direito deve refleti-la em alguma medida.

2.1.1 Hipóteses para a influência indireta

O alinhamento entre determinadas decisões de uma corte constitucional e a vontade majoritária não significa necessariamente uma influência direta da opinião pública sobre o comportamento de voto dos seus membros. Em certos casos, os pontos de vista em comum podem decorrer do compartilhamento de valores e preferências semelhantes.

Uma das prováveis razões para esse alinhamento é a forma de recrutamento dos juízes, cuja escolha tende a levar em conta a convergência de pontos de vista com o "regime dominante". Como os membros do Executivo e do Legislativo são eleitos pelo voto popular, as preferências políticas tendem a estar em sintonia com a opinião pública. Os ministros do STF são escolhidos pelo Presidente da República e a nomeação depende da aprovação da maioria absoluta dos membros do Senado (CRFB/88, art. 101, parágrafo único). Apesar de os critérios utilizados serem bastante diversificados, o alinhamento político-ideológico é um dos fatores que têm sido considerados para a escolha dos nomes, sobretudo nos últimos anos, a partir do "Governo Lula".[38] Essa "*hipótese da nomeação*" pode explicar a sintonia do Tribunal com a opinião pública em determinados temas.

Além disso, os ministros do STF estão inseridos em um contexto sociocultural e, da mesma forma que os demais membros da sociedade, são influenciados pela evolução das normas e valores sociais.[39] A convergência de opiniões ou a coincidência entre a mudança de atitude de determinados ministros e as flutuações da opinião pública não significam, necessariamente, uma resposta sistemática do Tribunal à sociedade. Segundo salientam

[38] DESPOSATO; INGRAM; LANNES (2012, p. 12-13): "Desde logo, não estamos dizendo que nenhum juiz STF antes de Lula teve qualquer tipo de *background* político. De fato, pelo menos, seis juízes pré-Lula ocuparam um cargo eletivo formal, antes de entrar para o STF, e cinco desses juízes tiveram pelo menos um cargo eletivo em nível federal. Um Ministro adicional, Francisco Rezek, foi nomeado para o tribunal em 1983, renunciou para ser Ministro das Relações Exteriores (ou seja, Ministro de Estado) de Collor, em 1990, e mais tarde foi renomeado por Collor para o Tribunal em 1992. Vários juízes ocuparam cargos por nomeação em diferentes níveis de governo, incluindo Gilmar Mendes (nomeado por Fernando Henrique Cardoso), que, como Dias Toffoli [...], foi AGU. No entanto, esses outros juízes estavam espalhados por várias administrações . Em contraste, além de Dias Toffoli, quatro das oito nomeações de Lula ocuparam cargos por nomeação no governo local ou federal (Carlos Britto, Eros Grau, Ricardo Lewandowski e Menezes Direito), e apenas três dos oito já tinham sido juízes (Cezar Peluso, Lewandowski e Direito). De fato, pelo menos um relato jornalístico relata declarações de Lula que mostram que ele buscou colocar juízes simpatizantes da esquerda no Tribunal. Em agosto de 2007, o STF estava preenchido com seis juízes escolhidos por Lula - a maioria - e estava decidindo um caso importante envolvendo a suposta corrupção de muitos políticos do seu partido (em um escândalo conhecido como o mensalão). Como os juízes que ele tinha selecionado votaram contra os políticos do PT, queixou-se, 'todos esses juízes de esquerda que eu nomeei estão votando contra mim.' A seleção do mais apolítico, 'técnico' Menezes Direito no mês seguinte foi, em parte, devido à reação de Lula por ter se frustrado com a maneira como suas preferências anteriores por juízes de esquerda tinha saído pela culatra neste caso...".

[39] Em relação aos membros da Suprema Corte dos EUA, Mishler e Sheehan (1993, p. 89) argumentam que, "se, por exemplo, as atitudes da cultura política em relação ao papel da mulher na sociedade sofrem alterações significativas ao longo do tempo, é pouco provável que as atitudes e crenças dos *justices* possam ficar permanentemente imunes a essa mudança nos costumes. Gradualmente, as atitudes, pelo menos de alguns dos *justices*, serão susceptíveis a mudança, deslocando também o centro de gravidade ideológica da Corte."

Mendonça e Barroso (2013), "os magistrados, assim como as pessoas em geral, não são seres desenraizados, imunes ao processo social de formação das opiniões individuais." Conforme acontece com o "humor do público", os valores e convicções dos juízes também se transformam ao longo do tempo.[40] A mudança de atitude dos ministros pode ter como causa, portanto, a evolução social, já que estes são influenciados pelos mesmos eventos e forças que afetam a sociedade como um todo. De acordo com a "*hipótese da socialização política*", a rigor, o que influencia o comportamento judicial são as predisposições ("*fatores cognitivos*") e preferências políticas ("*fatores ideológicos*") dos juízes, as quais são conformadas pelo mesmo conjunto de eventos e forças que atingem os demais membros da sociedade.

Tendo em conta que a grande maioria dos ministros do STF advém da classe média e pertence a uma elite intelectual,[41] a tendência é que respondam à evolução das normas e valores sociais de forma mais próxima à dos membros deste segmento do que às do público em geral. Embora sejam raras as pesquisas de opinião pública envolvendo temas que foram objeto de decisões específicas,[42] nos últimos anos, o Supremo tem se caracterizado por uma tendência fortemente liberal em questões moralmente carregadas e mais à esquerda em comparação com as instâncias representativas,[43] posicionamento que está mais próximo da ideologia da elite intelectual brasileira do que do público em geral, que, em sua maioria, é conservador e situado mais à direita.[44]

[40] MISHLER; SHEEHAN (1994, p. 717): "Aqui, o argumento não é que os *justices* votam contrariamente a suas crenças em resposta ao sentimento público, mas que as crenças de pelo menos *alguns justices ocasionalmente* mudam em resposta a alterações fundamentais de longo prazo no que Stimson chama de humor do público, e Lippman, de filosofia pública."

[41] Para uma análise do perfil social e da trajetória de carreira dos ministros do STF, cfr. OLIVEIRA (2012, p. 45 e ss.).

[42] Uma das poucas exceções é a decisão que reconheceu, para fins de proteção jurídica, as uniões homoafetivas estáveis como entidade familiar. (ADPF 132/RJ e ADI 4.277/DF, j. 05.05.2011). Em pesquisa de opinião pública realizada pelo IBOPE (2011), aproximadamente dois meses após a decisão, apenas 45% dos entrevistados declararam ser favoráveis ao reconhecimento da união estável entre homossexuais. No entanto, a proporção se inverte à medida que aumenta a classe social, a renda ou a escolaridade. Entre as pessoas com ensino superior, o percentual favorável chega a ser de 60%.

[43] BARROSO; MENDONÇA (2012): "No campo dos direitos sociais, em particular, é possível dizer que a Corte tem se posicionado à esquerda das instâncias representativas. Após inúmeras decisões relacionadas ao direito de cada indivíduo a exigir tratamentos médicos do Poder Público, o STF começa a sinalizar que está disposto a estender seu controle também a outros tipos de políticas públicas."

[44] Pesquisa realizada pelo DATAFOLHA (2010) revelou que os eleitores se localizam mais à direita que à esquerda no espectro político. Dos entrevistados, 17% *se consideram de centro*, 20% *mais próximos da esquerda* e 37% *mais à direita*. Os resultados não apresentaram variações significativas em relação à pesquisa anterior realizada em 2006, na qual 22% *se classificavam à esquerda*, 17% *como centro* e 35% *mais à direita*. Em ambas as pesquisas, um quarto dos eleitores brasileiros (25%) não soube dizer qual sua posição política. A última pesquisa revelou, ainda, que quanto mais alto o grau de escolaridade do entrevistado, maior a tendência de posicionamento político em torno do centro e em direção à esquerda: com *ensino fundamental* (5% de centro-esquerda, 12% de centro e 12% de centro-direita); com *ensino médio* (10% de centro-esquerda, 21% de centro e 12% de centro-direita; com grau de *escolaridade superior* (15% de centro-esquerda, 23% de centro e 17% de centro-direita). Como se pode notar, o percentual de entrevistados com ensino superior que se dizem de centro-esquerda é três vezes maior em comparação com os que possuem apenas o ensino fundamental.

2.1.2 Hipóteses para a influência direta

A influência direta da opinião pública sobre determinadas decisões do STF pode ser decorrente de interesses pessoais ou institucionais ("*fatores de interesse*") capazes de estimular a opção por certos tipos de comportamento.

Um dos motivos para que um ministro se preocupe com a opinião pública, mesmo estando protegido por garantias funcionais e institucionais, é o desejo de obter uma reputação positiva perante o público em geral ("*hipótese do autointeresse*"). Os juízes, como seres humanos que são, possuem as mesmas predisposições, preferências e interesses inerentes a qualquer outra pessoa dessa espécie. O fato de vestirem uma toga preta e de participarem de uma sessão repleta de ritos e formalidades, por vezes semelhantes às de um ritual místico, não lhes retira essa condição. Como qualquer indivíduo, os juízes também gostam de ser respeitados e admirados, desejos que, em determinados contextos decisórios, podem influenciar, ainda que de forma não plenamente consciente, o seu comportamento. Lawrence Baum (2008, p. 65) considera que o interesse pessoal na aprovação de certas plateias ("*audiences*") fornece um forte incentivo para a adoção de determinados comportamentos, maior até que a preocupação com o potencial impacto de uma decisão impopular sobre a legitimidade do tribunal.[45]

O acesso à grande maioria das decisões do STF e o interesse em seu conteúdo tendem a ficar restritos a segmentos específicos da comunidade, em especial, a grupos direta ou indiretamente interessados no julgamento e a membros da comunidade jurídica. Proporcionalmente à quantidade de casos decididos pelo Tribunal, poucos são os que têm saliência suficientemente alta para despertar algum interesse do grande público. Casos como o "julgamento do mensalão" são exceções que raramente acontecem. Ainda assim, mesmo nas situações de grande repercussão midiática e social, o desejo de alguns em manter uma reputação positiva perante outras plateias igualmente relevantes - como, *e.g.*, colegas de tribunal, juristas, ou grupos de elite - pode fornecer incentivos mais fortes que a preocupação com a opinião pública.

Outro potencial motivo para os ministros do STF levarem em conta a

[45] Para o professor da Universidade de Ohio, os membros da Suprema Corte dos EUA são mais propensos a buscar a aprovação de *segmentos específicos* da sociedade do que do público em geral, o que acaba dificultando a aferição do real impacto exercido pela opinião pública sobre as decisões da Corte. Baum e Devins (2010, p. 1.580) acreditam haver razões mais fortes para os membros da Suprema Corte se preocuparem com os grupos de elite do que com o povo norte-americano em geral. Segundo os autores, "mesmo que alguns *Justices* tenham a opinião pública em conta (em parte porque exageram a necessidade de proteger a posição do Tribunal com o público), a Corte como um todo tem demonstrado uma independência considerável em relação à opinião pública. Em contraste, os *Justices* têm fortes incentivos para manter a sua posição com as plateias de elite que são salientes para eles. Fundamentalmente, esses incentivos não derivam da preocupação sobre o suporte para o Tribunal, como instituição, mas a partir da necessidade humana de aprovação de indivíduos e grupos que são importantes para eles. Porque os indivíduos e os grupos mais relevantes para os *Justices* são esmagadoramente dos segmentos da elite da sociedade norte-americana, são os valores e opiniões das elites que têm o maior impacto sobre os *Justices*. Esta é uma razão importante pela qual as decisões da Corte normalmente estão em harmonia com os pontos de vista das pessoas mais educadas do que com as opiniões do público como um todo."

opinião pública é a preocupação como o *prestígio institucional* da Corte.[46] As cortes constitucionais são instituições políticas, cuja autoridade e eficácia das decisões dependem, em certa medida, da confiança e respeito do público. Em períodos de crise ou conflito com outras instituições, o fortalecimento da legitimidade se torna especialmente relevante e, dependendo do contexto decisório, pode ser considerado por parte de seus membros.[47] O prestígio institucional perante o público é importante não apenas por facilitar o exercício da autoridade e contribuir para o acatamento voluntário das decisões,[48] mas também por maximizar a eficácia do tribunal na formulação de políticas públicas, reduzindo as chances de reversão de suas decisões através de leis ou de emendas constitucionais e impedindo retaliações ou reações contrárias por parte de outros poderes.[49] O apoio do público pode ter, ainda, um efeito significativo sobre a disposição das autoridades públicas de cumprir as decisões, incentivando-as a agir de forma rápida e decisiva na implementação de políticas públicas definidas judicialmente.[50] De acordo com a "*hipótese da legitimidade institucional*", a opinião pública tende a ser levada em consideração

[46] BARROSO (2011, p. 267): "A participação e o engajamento popular influenciam e legitimam as decisões judiciais, e é bom que seja assim. Dentro de limites, naturalmente. O mérito de uma decisão judicial não deve ser aferido em pesquisa de opinião pública. Mas isso não diminui a importância de o Judiciário, no conjunto de sua atuação, ser compreendido, respeitado e acatado pela população. A opinião pública é *um* fator extrajurídico relevante no processo de tomada de decisões por juízes e tribunais. Mas não é o único e, mais que isso, nem sempre é singela a tarefa de captá-la com fidelidade."

[47] TYLER (2006, p. 375): "A legitimidade é uma propriedade psicológica de uma autoridade, instituição ou organização social que leva os que estão ligados a ela a acreditar que é apropriada, adequada e justa. Por causa da legitimidade, as pessoas sentem que devem se submeter às decisões e normas, a segui-las voluntariamente por obrigação e não por medo de punição ou antecipação de recompensa. Ser legítimo é importante para o sucesso das autoridades, instituições e arranjos institucionais, uma vez que é difícil exercerem influência sobre outros com base unicamente na posse e uso do poder. Ser capaz de obter a aquiescência voluntária da maioria das pessoas, na maioria das vezes, devido ao seu senso de obrigação, aumenta a eficácia em períodos de escassez, crise e conflito."

[48] TYLER (2006, p. 379): "Na área jurídica, a investigação sobre as interações pessoais dos indivíduos com policiais e juízes indica que as pessoas que veem essas autoridades como legítimas são mais propensas a aceitar as suas decisões, um efeito que é distinto da conclusão geral de que as pessoas são mais propensas a aceitar decisões que são mais favoráveis e/ou justas."

[49] Nesse sentido, FRIEDMAN (2009, p. 375): "O Tribunal tem de estar em sintonia com a opinião pública desperta, porque é o público que pode salvar um Tribunal quando este estiver em apuros com os líderes políticos e que igualmente pode motivar os líderes políticos contra ele."; FRANKLIN; KOSAKI (1989, p. 751): "Os tribunais devem ser responsivos ["responsive"] por causa de sua fraqueza institucional. As ferramentas disponíveis para os tribunais fazerem valer sua vontade sobre um público resistente são poucas."; McGUIRE; STIMSON (2004, p. 1.019): "Os *justices* que querem ver as suas preferências pessoais expressas em políticas públicas sabem que a eficácia dessa política depende de sua aceitação por seus implementadores e daqueles a quem eles são responsáveis."

[50] GRIMM (2009, p. 23): "Se a verdadeira essência do constitucionalismo é a submissão da política à lei, então a verdadeira essência da adjudicação constitucional é aplicar o direito constitucional em relação [vis-à-vis] ao governo. Isso implica a revisão judicial de atos políticos – incluindo a legislação. No entanto, os tribunais constitucionais ou tribunais com jurisdição constitucional não podem compensar totalmente a fraqueza do direito constitucional. Como o poder de usar a força física permanece nas mãos dos órgãos políticos do governo, os tribunais são impotentes quando os políticos se recusam a cumprir com a Constituição ou ignorar as ordens do tribunal."

por uma razão estratégica: o fortalecimento do prestígio do tribunal perante o público com o objetivo de assegurar a fiel execução de suas decisões.[51] A tentativa de subverter decisões proferidas por uma prestigiada instituição nacional pode provocar a reação pública (*public backlash*) contra aqueles que se atreverem a arriscar. (FRIEDMAN, 2005, p. 323-324).

O apoio conferido pelo público pode ser *específico*, para uma determinada decisão com a qual concordam, ou *difuso*, compreendido como uma reserva de "boa vontade" em relação às instituições, a qual contribui para a opinião pública tolerar ou aceitar determinadas decisões desfavoráveis aos seus interesses imediatos.[52] O bom funcionamento do mercado político pressupõe certa correspondência entre o que os governados querem e aquilo que de fato recebem. Embora necessariamente exista uma folga entre o desejado e o recebido, esta folga não deve ser exageradamente grande. Na precisa síntese de Barry Friedman (2009, p. 379), o apoio difuso é a medida da folga que a instituição tem para seguir o seu próprio caminho em certas questões.

A importância do apoio do público para a preservação do poder institucional tende a inibir a adoção de comportamentos constantemente distantes dos pontos de vista majoritários sobre questões fundamentais.[53] A história tem mostrado que podem ocorrer reações indesejadas quando as decisões judiciais se afastam muito daquilo que a sociedade está disposta a tolerar. Apesar de não haver mecanismos formais para que a sociedade impeça o cumprimento de uma decisão judicial, podem ser criados obstáculos à sua implementação, mesmo quando a oposição se restringe apenas a um público local.[54]

---

[51] McGUIRE; STIMSON (2004, p. 1.023): "... a partir de nossa perspectiva teórica, vemos o papel de antecipação racional da Corte vis-à-vis com o do Congresso e o do Presidente ser uma diferença de grau, não de tipo. Os ministros podem estar relativamente isolados da pressão da opinião pública, mas isso não garante que ela seja ignorada por eles. O mecanismo que impulsionaria os ministros a seguir a opinião pública, pressupomos, é a expectativa do Tribunal sobre as consequências futuras de suas decisões. O humor do público, então, deve ser um barômetro pelo qual os *justices* calculam a medida que as suas políticas preferenciais provavelmente vão ser aceitas e postas em prática."

[52] A ideia de um *apoio difuso* encontra raízes no trabalho seminal de David Easton que o definiu como "um reservatório de atitudes favoráveis ou de boa vontade que ajuda os membros a aceitar ou tolerar saídas [*outputs*] às quais se opõem ou o efeito que vêem como prejudicial à sua vontade." (FRIEDMAN, 2005, p. 326).

[53] Tendo como base investigações empíricas envolvendo a Suprema Corte dos EUA, Mishler e Sheehan (1994, p. 717) fazem a seguinte ressalva: "a teoria não é que os *justices* rotineiramente mudam as suas decisões com base em pesquisas de opinião pública, mas que *alguns justices ocasionalmente* modificam suas decisões (se não as suas crenças pessoais) sobre *questões* importantes em resposta a *mudanças de longo prazo e fundamentais* na opinião pública percebidas como ameaçadoras da autoridade da Corte."

[54] Foi o que ocorreu, por exemplo, em relação às decisões da Suprema Corte dos EUA sobre o fim do sistema de segregação racial nas escolas (caso *Brown v. Board of Education*), assim como na decisão do Tribunal Constitucional Federal alemão que determinou a retirada de crucifixos das salas de aula de escolas públicas (*Kruzifix* - BVERFGE 93, 1). Vanberg (2005, p. 4) relata que, em um artigo sobre a crise instalada com esta decisão, o *Neue Zürcher Zeitung*, um dos jornais mais influentes da Europa, concluiu que, 'com exceção de alguns casos extremamente raros, nada mudou no cotidiano escolar da Baviera' (16 de dezembro de 1995)." Ainda segundo este autor, um dos juízes do Tribunal Constitucional Federal afirmou, de forma irônica, durante uma palestra proferida na Universidade de Freiburg, que "há mais crucifixos pendurados nas salas de aula bávaras agora do que antes da decisão."

2.2 Variáveis intervenientes

A influência da opinião pública sobre o comportamento judicial pode operar de forma não plenamente consciente, ou seja, não exige que o juiz a tenha em consideração de modo deliberado e intencional. Há uma série de variáveis subjetivas e objetivas potencialmente capazes de estimular ou inibir a interferência deste fator, conforme veremos a seguir.

2.2.1 Variáveis subjetivas

Cada juiz responde à interferência de fatores extrajurídicos com sensibilidade, velocidade e intensidade diversas. Com a opinião pública não é diferente. No STF, sempre foi possível notar uma maior sintonia, por parte de alguns ministros – *e.g.*, Ayres Britto[55] e Joaquim Barbosa[56] –, com os anseios populares.

Em se tratando de decisões colegiadas, nem sempre a influência exercida pela opinião pública sobre alguns dos juízes será refletida no posicionamento majoritário. Não obstante, o alinhamento entre as decisões de um tribunal e os pontos de vista da sociedade não exige que todos os seus membros se mostrem igualmente sensíveis a eles. Em questões sobre as quais o colegiado esteja fortemente dividido, se um único julgador é influenciado pela opinião pública, esta pode ter um impacto relevante no resultado final.[57]

[55] Em mais de uma oportunidade, o ex-ministro chegou a ser acusado de tomar decisões populistas. "Não quero ser popular, muito menos populista. [...] não quero ser popular em termos de cortejar a opinião pública, ser vassalo da imprensa", afirmou Ayres Britto em entrevista concedida à Revista Carta Capital. (MENEZES, 2012, p. 25). Questionado sobre "até que ponto a Justiça pode ser suscetível às questões sociais", Britto disse que o juiz não deve "ser refém da sociedade, vassalo da opinião pública", mas "deve, sim, auscultar os anseios populares, coletivos, para ver se é possível formatá-los em decisões técnicas." Em sua concepção, "quando isso acontece, o juiz concilia a Justiça com a vida." (RANGEL, 2012, p. 21). Quando de seu discurso de posse como Presidente do STF, Britto asseverou, em clara referência às críticas de que decisões do Tribunal estariam sendo influenciadas pela opinião pública, que "os julgamentos feitos pelo Poder Judiciário devem promover a abertura das janelas dos autos para o mundo circundante, a fim de conhecer a particularizada realidade dos seus jurisdicionados e as expectativas sociais sobre a decisão objetivamente justa para aquele tipo de demanda. Juiz não é traça de processo, não é ácaro de gabinete, e por isso, sem fugir das provas dos autos nem se tornar refém da opinião pública, tem que levar os pertinentes dispositivos jurídicos ao cumprimento de sua, pouco percebida, mediata ou macro-função de conciliar o Direito com a vida." (BRITTO, 2012).

[56] A visível sintonia do ex-ministro Joaquim Barbosa com a opinião pública era constantemente mencionada pela imprensa, chegando a ser destacada até pela Revista inglesa "The Economist". (SÁ, 2009). Com o julgamento do "mensalão" (AP 470/DF), Barbosa se tornou uma figura extremamente popular, chegando a ser apontado como o potencial candidato à Presidência da República com a segunda maior intenção de votos (15%) entre os eleitores. (DATAFOLHA, 2013a).

[57] Ao investigarem a influência da opinião pública sobre as decisões da Suprema Corte dos EUA, Mishler e Sheehan (1994, p. 721) observaram que, em virtude do critério majoritário, a opinião pública tende a influenciar as decisões finais apenas quando o seu impacto é generalizado ou quando a distribuição ideológica é relativamente equilibrada. Tendo em vista que a "ideologia" judicial tende a ser relativamente resistente a mudanças, é provável que os efeitos coletivos da opinião pública sejam dependentes da existência de um equilíbrio ideológico. Nos casos em que a Corte está razoavelmente equilibrada, o impacto da opinião pública sobre um único *justice* pode ser suficiente para alterar as decisões nas margens.

Estudos empíricos demonstram que a influência direta da opinião pública costuma ser maior quando as preferências políticas pessoais ("ideologia") do juiz sobre o tema em questão são mais moderadas. Nos casos complexos envolvendo temas com alta carga moral ou política, o comportamento de juízes ideologicamente extremados tende a ser mais fortemente influenciado por suas preferências políticas do que por qualquer outro fator extrajurídico, inclusive a opinião pública. Quando um tribunal possui uma forte e equilibrada divisão ideológica, os membros mais moderados atuam como o fiel da balança. Como as decisões colegiadas são tomadas pela maioria, o voto daqueles que se situam mais ao centro acabam sendo decisivos para o resultado final, o que, sem dúvida, confere-lhes um enorme poder.

No tocante às variáveis subjetivas, pode-se formular o seguinte enunciado probabilístico: *Quanto mais forte a ideologia do juiz, menor a probabilidade de influência da opinião pública.*

2.2.2 Variáveis objetivas

As variáveis objetivas, compreendidas como aquelas relacionadas às características do caso a ser decidido ("contexto decisório") e ao ambiente no qual as instituições políticas estão inseridas ("contexto institucional"),[58] também são determinantes para a influência exercida pela opinião pública.

Quanto ao *contexto decisório*, há dois aspectos primordiais: as características marcantes da controvérsia judicial e o grau de determinação dos elementos fáticos e jurídicos do caso a ser decidido.

Há casos que envolvem temas e/ou interesses tão acentuados que tornam o ambiente decisório mais propício à influência de certos fatores extrajurídicos. O interesse do público, o impacto social, a relevância dos valores envolvidos e a visibilidade da decisão são algumas das características marcantes das controvérsias judiciais em que a opinião pública tende a fornecer razões contributivas para a escolha do comportamento a ser adotado pelos juízes. Julgamentos de grande repercussão que despertam o interesse do público e da mídia costumam estampar manchetes de jornais e revistas, ser objeto de editoriais, de debates no rádio e na televisão, além de intensamente comentados nas redes sociais. É natural que esses *casos de alta saliência social e/ou midiática* despertem algum tipo de receio quanto à reação da sociedade e criem um ambiente inóspito para a atuação judicial. Com exceção das situações nas quais não é possível detectar as tendências fundamentais da opinião pública ou em que esta se mostrar nitidamente dividida, é provável que a pressão externa influencie, de modo consciente ou inconsciente, o comportamento judicial de alguns dos juízes. Em síntese, pode-se dizer que a *alta saliência social e/ou midiática* de um caso tende a favorecer a influência de determinados tipos

[58] PEREIRA (2012): "Na vida real, o que acontece com grande frequência é um processo heterogêneo e complexo em que o Judiciário constrói estrategicamente sua imagem, podendo eventualmente ceder à opinião pública e em outras vezes manter-se imune a ela. As Cortes, assim como as pessoas, agem intuitivamente e tem senso de autopreservação. Colegiados são grupos humanos, e como tais podem agir segundo um cálculo da repercussão de seus atos, alternando períodos de recolhimento com outros de maior ousadia. Os juízes podem, ainda, revezar decisões impopulares com outras que aumentam seu crédito público, num processo de equilíbrio e compensação entre perdas e ganhos, que afinal pode ser ou não bem sucedido."

" ", dentre eles, a preocupação com a opinião pública, tanto por razões de natureza pessoal (obtenção de prestígio, de admiração, de estima...), como institucional (apoio do público para o fortalecimento da legitimidade do tribunal). É oportuno registrar, no entanto, que casos de alta saliência são exceções, mesmo no âmbito das cortes constitucionais.[59] No STF, a esmagadora maioria das dezenas de milhares de casos examinados anualmente se caracteriza pela pouca visibilidade e, por conseguinte, mostra-se isenta de qualquer tipo de influência direta dos pontos de vista da sociedade.

No tocante às características marcantes da controvérsia judicial, pode-se formular o seguinte enunciado probabilístico: *Quanto mais alta a saliência social e/ou midiática do caso, maior a probabilidade de influência da opinião pública.*

O segundo aspecto primordial do contexto decisório é o *grau de determinação dos elementos fáticos e jurídicos* do caso judicial, certamente a variável mais relevante no que se refere à influência de fatores extrajurídicos.[60] Quanto maior a indeterminação das circunstâncias fáticas ou dos enunciados normativos, maior a margem de ação conferida ao juiz e, por conseguinte, maior a probabilidade de que fatores extrajurídicos influenciem, de forma consciente ou inconsciente, o comportamento dele. Em casos controversos, as razões fornecidas pelo material jurídico (legislação, doutrina e jurisprudência) orientam e limitam a tomada de decisão, mas não são capazes de determiná-la com exclusividade.

Em casos de maior complexidade, o *raciocínio decisório* empregado para chegar à descoberta do resultado também é extremamente complexo e se desenvolve, em parte, no sistema intuitivo.[61] Durante esse processo mental, misturam-se, de maneira anárquica, expectativas, experiências e conhecimentos (jurídicos e extrajurídicos) que formam a pré-compreensão

[59] Friedman (2009, p. 377) observa que, mesmo na Suprema Corte dos EUA – que julga pouco mais de cem casos por ano e tem discricionariedade para escolher os mais relevantes –, apenas uma pequena parte das decisões chega ao conhecimento do público e que, em casos de baixa saliência, o tribunal tem a chance de seguir seu próprio caminho, *i.e.*, ele "pode voar sob o radar, sem ser percebido".

[60] As investigações empíricas são unânimes em constatar que "o grau de incerteza do direito é o principal fator na capacidade de normas jurídicas determinarem as decisões judiciais". Por isso, Brian Tamanaha (2010, p. 151) afirma que "a linha de base deve levar em conta os diferentes tipos de disposições jurídicas e diferentes tipos de questões. Normas legais, como razoabilidade ou justiça, por exemplo, convidam os juízes para fazer julgamentos baseados em valores; algumas decisões judiciais, como a condenação criminal, estão comprometidas com a discrição ou julgamento dos juízes. Por sua natureza, estes tipos de decisões serão suscetíveis a maior variação. Quando as regras são claras e simples e os fatos tendem a ser simples, ao contrário, deve-se esperar um alto grau de consistência."

[61] A tomada de decisão envolve dois tipos de processos mentais realizados através de sistemas distintos. No *sistema intuitivo* (*Sistema 1*), o processo mental envolve decisões tomadas de forma espontânea, automática, com pouco esforço e sem controle voluntário. Este sistema abrange as intuições, impressões, pré-concepções e vieses cognitivos. No *sistema deliberativo* (*Sistema* 2), o processo de pensamento é controlado, tal como ocorre em decisões governadas por regras, tomadas lentamente e com grande esforço mental. Nele estão abrangidas as atividades mentais relacionadas à concentração e ao raciocínio lógico. A relação entre os dois sistemas é complicada e bastante complexa. Os processos mentais do *sistema intuitivo* possuem uma tendência a cometerem erros sistemáticos em circunstâncias específicas e a serem afetados por vieses cognitivos que pode ser minimizada, mas não totalmente controlada pelo raciocínio desenvolvido no *sistema deliberativo*. Considerando a impossibilidade de se evitar totalmente que erros sistemáticos e vieses cognitivos afetem a tomada de decisão, o melhor que se pode fazer é identificar as situações em que os enganos e inclinações são mais prováveis a fim de tentar minimizar sua interferência. (KAHNEMAN, 2012, p. 38-39).

do juiz. Nessa fase de descoberta, são travadas contínuas e variadas batalhas internas até o momento em que um limiar é cruzado e o resultado interpretativo "acontece".[62] Quanto maior a complexidade do caso apreciado, mais caóticos e desordenados tendem a ser os processos de análise e ponderação das diferentes razões favoráveis e contrárias. Vale dizer: na busca pelo resultado, o peso atribuído às diferentes razões fornecidas pelo material jurídico não provém de um processo mental plenamente consciente, deliberado, racional e analítico, mas sim de um raciocínio anárquico e susceptível à influência, consciente ou inconsciente, de vários fatores, inclusive os extrajurídicos decorrentes de predisposições, preferências e interesses pessoais. As ferramentas analíticas fornecidas pela doutrina (métodos interpretativos, diretrizes hermenêuticas, metanormas, parâmetros decisórios objetivos), desde que internalizadas, contribuem para orientar a busca pela melhor resposta, mas nem sempre são capazes de conduzir o julgador, de modo inexorável, a um único resultado.

Após vivenciar essa batalha interna travada durante o processo de descoberta (*heuresis*) e sentir que a questão foi resolvida, o juiz inicia o processo de justificação no qual procura demonstrar que a decisão formulada é juridicamente legítima.[63] Para fundamentá-la, o juiz precisa organizar e dar coerência à profusão caótica de ideias e razões que o levaram àquele resultado decisório. Para isso, recorre ao *raciocínio justificativo*, um processo mental desenvolvido de forma deliberada, consciente, refletida, racional, organizada e analítica. O objetivo principal da fundamentação não é descrever os exatos caminhos mentais percorridos até chegar à descoberta do resultado – até porque isso seria impossível –, mas demonstrar que a decisão é juridicamente correta e logicamente consistente, ou seja, que o resultado alcançado, além de coerente com os fatos do caso e com as avaliações geralmente aceitas, é o melhor à luz do direito vigente.[64] Embora a justificação seja uma racionalização posterior de um resultado previamente

[62] Nas palavras de Marco Marrafon (2010, p. 168), a internalização das diferentes experiências ônticas promove "sucessivas projeções, contínuos tensionamentos, correções e deslocamentos de horizontes, até o ponto em que a verdade interpretativa *acontece* para a autoridade judicante. Quando isso ocorre, encerra-se o debate, fazendo cessar as voltas no círculo hermenêutico. Manifesta-se, assim, o processo hermenêutico-epistemológico de tomada de decisão em sua complexa unidade como um ato único, que se desenvolve continuamente por um determinado período de tempo, sem subdivisões. Esta concepção é compatível com a recusa gadameriana da tradicional divisão do problema hermenêutico em três, *subtilitas intelligendi* (compreensão), *subtilitas explicandi* (interpretação) e *subtilitas aplicandi* (aplicação) e, portanto, contempla a tese da unidade da *applicatio*."

[63] A não correspondência necessária entre os dois processos fica evidenciada pela possibilidade de que uma decisão tomada de forma intuitiva ou até irracional seja justificada *ex post* com argumentos racionais convincentes ou, no sentido oposto, de que uma decisão racional seja justificada de modo inadequado. (TARUFFO, 2007, p. 75-46).

[64] TAMANAHA (2010, p. 124-125): "Há muito se tem reconhecido que as fundamentações não devem ser interpretadas como representação do processo de raciocínio real de um juiz. [...] O estilo em que a decisão é apresentada não tem a intenção de representar uma indicação de como ela foi obtida. É o melhor argumento que um juiz pode apresentar para apoiar a decisão. Se essa distinção não foi compreendida antes, certamente se tornou bem conhecida após Dewey articulá-la. A finalidade das fundamentações é justificar a conclusão, fornecer orientações para casos posteriores, e resolver as questões jurídicas com caráter definitivo. Faz sentido, portanto, que as opiniões sejam afirmadas com clareza, logicamente apoiadas, e não expressem dúvidas sobre as consequências jurídicas alcançadas. Uma vez que a decisão é tomada, comentou Schaefer, o juiz responsável pela fundamentação 'se torna um advogado' em seu favor."

encontrado, quando realizada adequadamente, pode auxiliar o juiz a detectar eventuais inconsistências, contradições e erros cometidos durante o raciocínio decisório, permitindo correções e alterações posteriores.

No que se refere ao grau de determinação dos elementos fáticos e jurídicos, pode-se formular o seguinte enunciado probabilístico: *Quanto maior o grau de indeterminação do direito em casos de alta saliência social e/ou midiática, maior a probabilidade de influência da opinião pública.*

Por fim, no tocante ao *contexto institucional*, há duas situações típicas que favorecem a influência direta da opinião pública: em períodos de grave crise institucional entre os poderes ou nos quais o prestígio do tribunal se encontra seriamente ameaçado, a preocupação com o apoio do público tende a ser maior do que em situações de normalidade. O STF, assim como qualquer corte constitucional, necessita de outras instituições para assegurar o efetivo cumprimento de suas ordens, o que, de certo modo, estimula a adoção de comportamentos dentro dos limites gerais de aceitação pública. Friedman (2009, p. 375) argumenta que a opinião pública pode salvar uma corte constitucional quando esta estiver em apuros perante os demais poderes, mas também pode motivar os líderes políticos a agirem contrariamente às suas decisões. Por isso, a preocupação dos juízes com a preservação de legitimidade institucional de uma corte e/ou com a eficácia de suas decisões tende a fazer com que levem em consideração os pontos de vista acolhidos pelo público em temas de grande relevância social.

Em relação ao contexto institucional, pode-se formular o seguinte enunciado probabilístico: *Quanto maior a gravidade de uma crise institucional e/ou a perda de prestígio de um tribunal perante o público, maior a probabilidade de influência da opinião pública.*

3 Conclusão

A presente abordagem teve por objetivo central analisar as razões pelas quais a opinião pública tende a influenciar o comportamento dos ministros do STF em certos contextos decisórios e institucionais.

Em casos de maior complexidade, o material jurídico orienta e limita o comportamento judicial, mas não é suficiente para determiná-lo com exclusividade, ou seja, sem a interferência de fatores extrajurídicos. Por isso, em contextos decisórios complexos, caracterizados pela indeterminação do direito e pela alta saliência social e/ou midiática do caso, os pontos de vista acolhidos pelo público tendem a fornecer razões contributivas para a decisão judicial.

O mesmo tende a ocorrer em contextos de grave crise institucional entre os poderes ou nos quais o prestígio do tribunal perante o público esteja ameaçado. Embora as constituições consagrem garantias funcionais e institucionais com o objetivo de assegurar a neutralidade e a imparcialidade das decisões proferidas pelo Poder Judiciário, tais instrumentos não são suficientes para blindar os juízes contra todos os tipos de pressões externas.

Por fim, vale ressaltar que ser *influenciado* pela opinião pública não significa ser *determinado* por ela. Por isso, a afirmação de que, em certos contextos decisórios e institucionais, a opinião pública tende a fornecer *razões contributivas* (e não definitivas) para a decisão. Se, por um lado, mesmo os juízes mais experientes dificilmente conseguiriam se manter totalmente imunes à opinião pública; por outro, também não seria razoável supor que membros de uma corte constitucional decidam determinados casos baseados somente na vontade popular. Em um Estado de Direito, ainda que o material jurídico nem sempre seja suficiente para determinar, com exclusividade, o comportamento judicial, sem dúvida, ele é o principal protagonista no processo decisório.

Referências bibliográficas

AGÊNCIA BRASIL (2012). Toffoli diz que 'prisão combina com período medieval'. *Diário do Nordeste*. Disponível em: http://diariodonordeste.globo.com/noticia.asp?codigo=349123&modulo=964. Acesso em: 09 fev 2013.

ALTMAN, Breno (2012). De qual lado ficará o STF? *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 24 set. 2012. Opinião, p. A3.

BALIARDO, Rafael (2012). Barbosa diz que ministros fizeram "leitura errônea". Revista Consultor Jurídico [periódico na Internet]. 2012 dez [acesso em 2013 fev 09]; [aproximadamente p.]. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2012-dez-20/barbosa-ministros-fizeram-leitura-erronea-processo-mensalao

BARNUM, David G. (1985). The Supreme Court and public opinion: judicial decision making in the post-New Deal period. *The Journal of Politics*, Vol. 47, N. 2, (Jun., 1985), pp. 652-666. Disponível em: http://www.jstor.org/stable/2130901. Acesso em: 22 ago 2012.

BARROSO, Luís Roberto (2011). Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. *As novas faces do ativismo judicial*. FELLET, André L. F.; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo. Salvador: Juspodivm, p. 225-270.

BARROSO, Luís Roberto; MENDONÇA, Eduardo (2012). STF foi permeável à opinião pública, sem ser subserviente. Revista Consultor Jurídico [periódico na Internet]. 2012 jan [acesso em 2013 fev 09]; Disponível em: http://www.conjur.com.br/2012-jan-03/retrospectiva-2011-stf-foi-permeavel-opiniao-publica-subserviente

BARTELS, Brandon L.; MUTZ, Diana C. (2009). Explaining processes of institutional opinion Leadership. *The Journal of Politics*, Vol. 71, No. 1, January 2009, p. 249-261.

BASILE, Juliano (2012). Fux diz que opinião pública não influencia resultado do mensalão. *Valor Econômico*, 12 de jul. 2012. Disponível em: http://www.valor.com.br/politica/2710444/fux-diz-que-opiniao-publica-nao-influencia-resultado-do-mensalao. Acesso em: 11 jan 2013.

BAUM, Lawrence (2008). *Judges and their audiences:* A perspective on judicial behavior. Princeton: Princenton University Press.

BAUM, Lawrence; DEVINS, Neal (2010). Why the Supreme Court Cares About Elites, Not the American People. *Faculty Publications*. Paper 1116. Disponível em: http://scholarship.law.wm.edu/facpubs/1116. Acesso em: 07 jan 2013.

BAUMAN, Zygmunt (2000). *Em busca da política*. Tradução: Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar.

BICKEL, Alexander M. (1986). *The least dangerous Branch:* The Supreme Court at the bar of politics. 2. ed. New Haven and London: Yale University Press.

BONAVIDES, Paulo (1988). *Ciência política*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense.

BRITTO, Ayres (2012). *Discurso de posse no cargo de Presidente do Supremo Tribunal Federal e do Conselho Nacional de Justiça*. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/DiscursoAyresBritto.pdf. Acesso em: 11 jan. 2013.

CALDEIRA, Gregory A.; GIBSON, James L. (1992). The Etiology of Public Support for the Supreme Court. *American Journal of Political Science*, Vol. 36, No. 3, August 1992, p. 635-664.

CAMPANHA, Diógenes. (2012) Confiança no STF sobe em meio ao mensalão. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 16 dez. 2012. Poder, p. A6.

CASPER, Jonathan D. (1976). The Supreme Court and National Policy Making. *The American Political Science Review*, Volume 70, Issue 1, p. 50-63.

DAHL, Robert A. (1957) Decision-making in a democracy: the Supreme Court as a national policy-maker. *Journal of Public Law*, p. 279-295.

DATAFOLHA (2010). *Opinião Pública*. 30 mai. 2010. Disponível em: http://datafolha.folha.uol.com.br/po/ver_po.php?session=983. Acesso em: 28 jan. 2013.

___ (2012). *Opinião Pública*. 14 dez. 2012. Disponível em: http://datafolha.folha.uol.com.br/po/ver_po.php?session=1281. Acesso em: 15 dez. 2012.

___ (2013a). *Opinião Pública*. 20 nov. 2013. Disponível em: http://datafolha.folha.uol.com.br/opiniaopublica/2013/12/1379494-dilma-umenta-vantagem-sobre-potenciais-adversarios-em-2014.shtml. Acesso em: 02 dez. 2013.

DESPOSATO, Scott W.; INGRAM, Matthew C.; LANNES, Osmar P. (2012). Judicial Behavior in Civil Law Systems: Changing Patterns on the Brazilian *Supremo Tribunal Federal. Seminários de Pesquisa Ciclo 2012-II* (CIEF-CERME-UNB), Brasília, 14 nov. 2012. Disponível em http://www.cerme.unb.br/images/stories/seminario/ciclo2012_2/judicial_behavior_in_civil_law_systems__changing_patterns_on_the_brazilian_stf__deposato_ingram_and_lannes_.pdf. Acesso em: 05 jan. 2013.

EISENBERG, Theodore; JOHNSON, Sheri Lynn (1991). The Effects of Intent: Do We Know How Legal Standards Work?. *Cornell Law Faculty Publications*. Paper 409. Disponível em: http://scholarship.law.cornell.edu/facpub/409. Acesso em: 19 jul 2012.

EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack (1998). *The choices Justices make*. Washington, D.C.: CQ Press.

EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack; MARTIN, Andrew D. (2001). The Supreme Court as a strategic national policymaker. *Emory Law Journal*, 50 (Spring): p. 583-611.

___ (2004). Constitutional interpretation from a strategic perspective. *Making policy, making law:* an interbranch perspective. Marck C. Miller e Jeb Barnes (editors). Washington, D.C.: Georgetown University Press.

EPSTEIN, Lee; MARTIN, Andrew D. (2010) Does public opinion influence the Supreme Court? Possibly yes (but we're not sure why). *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law*, Vol. 13, No. 263. Disponível em: http://ssrn.com/abstract=2087255. Acesso em: 18 jan 2013.

FEREJOHN, John A.; WEINGAST, Barry R. (1991). A positive theory of statutory interpretation. *Working Papers in Political Science*, n. P-91-2, The Hoover Institution, Stanford University, p. 1-25.

FERREIRA, Flávio (2013). Visibilidade do Supremo mais que duplica no ano passado. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 13 jan. 2013. Poder, p. A10.

FRANKLIN, Charles H.; KOSAKI, Liane C. (1989). Republican Schoolmaster: The U.S. Supreme Court, Public Opinion, and Abortion. *The American Political Science Review*, Vol. 83, No. 3. (Sep., 1989), pp. 751-771. Disponível em: http://links.jstor.org/sici?sici=0003-0554%28198909%2983%3A3%3C751%3ARSTUSC%3E2.0.CO%3B2-3. Acesso em: 14 ago 2012.

FRIEDMAN, Barry (2005) The Politics of Judicial Review. *Texas Law Review*, Vol. 84, p. 257-337. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=877328. Acesso em: 13 jul 2010.

___ (2009). *The will of the people:* How public opinion has influenced the Supreme Court and shaped the meaning of the Constitution. Farrar, Straus and Giroux: New York.

FUNSTON, Richard (1975). The Supreme Court and Critical Elections. *The American Political Science Review*, Vol. 69, No. 3, pp. 795-811. Disponível em: http://www.jstor.org/stable/1958390. Acesso em: 22/08/2012.

GEORGE, Tracey E.; EPSTEIN, Lee (1992). On the Nature of Supreme Court Decision Making. *The American Political Science Review*, Vol. 86, No. 2 (Jun., 1992), p. 323-337. Disponível em: http://links.jstor.org/sici?sici=0003-0554%28199206%2986%3A2%3C323%3AOTNOSC%3E2.0.CO%3B2-S; Acesso em: 02 ago 2004.

GIBSON, James L.; CALDEIRA, Gregory A. (2009). Have Segal and Spaeth Damaged the Legitimacy of the U.S. Supreme Court? (July 20, 2009). Disponível em: http://ssrn.com/abstract=1436426. Acesso em: 14/07/2012.

GÓES, Bruno. (2012). Lewandowski discordou de quase metade das condenações de Barbosa. *O Globo*, Rio de Janeiro, 12 out. 2012. Disponível em: http://br.noticias.yahoo.com/lewandowski-discordou-metade-das-condena%C3%A7%C3 %B5es-barbosa-110000476.html. Acesso em: 12 out 2012.

GOLDMAN, Sheldon (1975). Voting Behavior on the United States Courts of Appeals. *The American Political Science Review*, Vol. 69, nº. 2 (Jun., 1975), pp. 491-506. Disponível em: http://www.jstor.org/stable/1959082. Acesso em: 24 nov 2012.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John (2009). *The federalist*. Harvard University Press.

IBOPE (2011). *União estável entre homossexuais*. 18 jul. 2011. http://media.folha.uol.com.br/cotidiano/2011/07/28/casamentogay.pdf. Acesso em: 04 jun. 2012.

IRWIN, John F.; REAL, Daniel L. (2010). Unconscious influences on judicial decision-making: The illusion of objectivity. (October 23, 2010). *McGeorge Law Review*, Vol. 43, 2010. Disponível em: http://ssrn.com/abstract=1696643. Acesso em: 22 jun 2012.

KAHNEMAN, Daniel (2012). *Rápido e devagar:* duas formas de pensar. Tradução: Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva.

MAGALHÃES, Vera (2012). Cobrança de Ayres Britto revolta advogados de réus do mensalão. *Folha de S. Paulo*, 26 jun. 2012. Poder; p. A4.

MARSHALL, Thomas R. (1989). *Public Opinion and the Supreme Court*. New York: Longman.

McGUIRE, Kevin T.; STIMSON, James A. (2004). The Least Dangerous Branch Revisited: New Evidence on Supreme Court Responsiveness to Public Preferences. *The journal of politics*, Vol. 66, No. 4, November 2004, Pp. 1018–1035.

MENDONÇA, Eduardo (2009). A inserção da jurisdição constitucional na democracia: algum lugar entre o direito e a política. *Revista de Direito do Estado*. Rio de Janeiro, ano 4, n. 13, jan/mar 2009, p. 211-247.

MENDONÇA, Eduardo; BARROSO, Luís Roberto (2013). STF entre seus papéis contramajoritário e representativo. *Revista Consultor Jurídico* [periódico na Internet]. 2013 jan [acesso em 2013 fev 09]; Disponível em: http://www.conjur.com.br/2013-jan-03/retrospectiva-2012-stf-entre-papeis-contramajoritario-representativo

MENEZES, Cynara (2012). Um poeta na alta corte. *Carta Capital*, São Paulo, n. 695, 02 mai. 2012, Seu país, p. 24-28.

MERRILL, Thomas W. (1994). A modest proposal for a political court. 17 *Harv. J. L. & Pub.* Pol'y 137 1994, p. 137-147. Disponível em: http://heinonline.org; Acesso em: 15 jul 2012.

MISHLER, William; SHEEHAN, Reginald S. (1993). The Supreme Court as a Countermajoritarian Institution? The Impact of Public Opinion on Supreme Court Decisions. *The American Political Science Review*, Vol. 87, nº. 1, pp. 87-101. Disponível em: http://www.jstor.org/stable/2938958. Acesso em: 16/08/2012.

MISHLER, William; SHEEHAN, Reginald S. (1994). Response: Popular Influence on Supreme Court Decisions. *The American Political Science Review*, Vol. 88, n. 3, pp. 716–724. Disponível em: http://www.jstor.org/stable/2944805. Acesso em: 16 ago 2012.

NORPOTH, Helmut; SEGAL, Jeffrey A. (1994). Comment: Popular Influence on Supreme Court Decisions. *The American Political Science Review*, Vol. 88, n. 3, pp. 711-716. Disponível em: http://www.jstor.org/stable/2944805. Acesso em: 16 ago 2012.

OLIVEIRA, Fabiana Luci (2012). *Supremo Tribunal Federal:* do autoritarismo à democracia. Rio de Janeiro: Elsevier: FGV, 2012.

PECZENIK, Aleksander; HAGE, Jaap (2000). Law, morals and defeasibility. *Ratio Juris*, Vol. 13, n. 3, Set. 2000, p. 305-325.

PEREIRA, Jane Reis (2012). O Judiciário e a opinião pública: riscos e dificuldades de decidir sob aplausos e vaias. Disponível em: http://estadodedireitos.com/2012/10/29/o-judiciario-e-a-opiniao-publica-riscos-e-dificuldades-de-decidir-sob-aplausos-e-vaias/. Acesso em: 29 out 2012.

POSNER, Richard A. (2008). *How judges think.* Cambridge: Harvard University Press.

RANGEL, Rodrigo (2012). Será o julgamento do século. *Veja*, São Paulo, n.2264, 11 abr. 2012, Entrevista, p. 17-21.

RIBEIRO, Ricardo Silveira Ribeiro (2012). Política e economia na jurisdição constitucional abstrata (1999-2004). *Revista Direito GV*, São Paulo, 8(1), p. 87-108, jan-jun 2012.

SEGAL, Jeffrey A.; SPAETH, Harold J. (1993). *The Supreme Court and the attitudinal model.* New York: Cambridge University Press.

SEGAL, Jeffrey A.; SPAETH, Harold J. (2002). *The Supreme Court and the attitudinal model revisited.* Cambridge: Cambridge University Press.

SELIGMAN, Felipe (2012). Ministro libera mensalão para ser julgado em agosto. *Folha de S. Paulo*, 27 jun. 2012. Poder; p. A4.

SELIGMAN, Felipe; COUTINHO, Felipe; FALCÃO, Márcio (2012). Perda do mandato de deputado abre nova divergência no STF. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 7 dez. 2012. Poder, p. A4.

SHAPIRO, David (2008). The Role of Precedent in Constitutional Adjudication: An Introspection. Texas Law Review. Vol. 86, n. 5, April 2008. Disponível em: HTTP://ssrn.com/abstract=1108440; Acesso em: 04 ago 2012.

TAMANAHA, Brian Z. (2010). *Beyond the formalist-realist divide:* The role of politics in judging. Princeton: Princeton University Press.

TÓRTIMA, Fernanda Lara (2012). Poder mandar não significa mandei. *O Estado de S. Paulo*, São Paulo, 18 nov. 2012. Notícias. Disponível em: http://www.estadao.com.br/noticias/impresso,poder-mandar-nao-significa-mandei,961758,0.htm. Acesso em: 18/11/2012.

TYLER, Tom R. (2006). Psychological perspectives on legitimacy and legitimation. *Annu. Rev. Psychol.* 57:375-400; Disponível em: 10.1146/annurev.psych.57.102904.190038. Acesso em: 01/08/2012.

AÇÃO COLETIVA DE GREVE

MARCELO DALTRO LEITE*

I – Introdução

A Constituição da República[1] (art. 37, VII) prevê a greve como direito do servidor público, nos termos e nos limites definidos em lei específica.

A redação original do texto constitucional exigia a lei complementar como espécie normativa para regulação do direto de greve, mas a emenda constitucional n. 19, de 4 de junho de 1998, alterou o dispositivo para que dele constasse a lei ordinária.

A alteração levada a efeito pela EC n. 19/98 permitiu ao Supremo Tribunal Federal a alteração de sua jurisprudência sobre o exercício do direito de greve pelos servidores públicos.

É que antes da emenda referida, em julgamentos de mandados de injunção sobre a omissão legislativa a respeito do direito de greve dos servidores, o Supremo Tribunal Federal apenas declarava a mora legislativa para a edição da lei complementar; no entanto, com a alteração, passando a ser exigida lei ordinária, pôde o Tribunal Constitucional aplicar jurisprudência mais recente em matéria de mandados de injunção que admite a incidência de normas já aditadas pelo Congresso Nacional a situações carentes de legislação exigida constitucionalmente.

Com efeito, a partir do julgamento dos MI n.s 670 e 708, de relatoria para o acórdão do Ministro Gilmar Mendes[2], e do MI n. 712, de relatoria do Ministro Eros Grau - os três julgados no mesmo dia, 25/10/2007 - o Supremo Tribunal Federal admitiu a mora legislativa a respeito de lei a dispor sobre direito de greve no serviço público e concluiu pela adoção da Lei de Greve dos trabalhadores em geral (Lei n. 7.783/89), no que fosse aplicável.

Se antes da EC n. 19/98 não era possível a aplicação da Lei de Greve dos trabalhadores em geral ao serviço público em razão da diferença das espécies normativas – lei complementar para o serviço público e lei ordinária para os trabalhadores em geral – tal óbice deixou de existir com a emenda constitucional.

A aplicação da Lei de Greve dos trabalhadores em geral ao serviço público não pode ser feita integralmente em razão do específico arcabouço jurídico que estrutura a Administração Pública.

---

* Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro; graduado pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro; Mestre em Direito pela Universidade Estácio de Sá.

[1] Art. 37...
VIII – O direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica.

[2] Transcreve-se o item 4.2 da ementa do acórdão da lavra do Ministro Gilmar Mendes: "4.2 Considerando a omissão legislativa alegada na espécie, seria o caso de acolher a pretensão, tãosomente no sentido de que se aplique a Lei n. 7.783/89 enquanto a omissão não for devidamente regulamentada por lei específica dos servidores públicos civis (CF, art. 37, VII).

Os limites da aplicação da Lei de Greve dos trabalhadores em geral ao serviço público é precisamente o objetivo que se propõe neste trabalho.

A ação coletiva de greve será o norte utilizado para alcançar este escopo; daí porque ao se discorrer sobre o tipo de tutela, o *nomem iuris* da "ação", legitimidade de partes ou limites materiais do provimento jurisdicional, por exemplo, se poderá delimitar com mais clareza o alcance da Lei de Greve no serviço público.

II – Ação Coletiva de Greve ou Dissídio Coletivo de Greve

É certo que o nome que se dá a uma "ação"[3] não define a natureza jurídica da tutela jurisdicional que se busca alcançar, mas não resta dúvida de que a pré-compreensão que se tem a respeito de certo instituto jurídico ou de certo tipo de procedimento previsto em sede legal irá influir na compreensão de fato análogo.

Lênio Streck[4], a propósito da força da pré-compreensão no processo interpretativo, alerta:

> Por isso, as condições de possibilidades para que o intérprete possa compreender um texto implicam (sempre e inexoravelmente) a existência de uma pré-compreensão (seus pré-juízos) acerca da totalidade (que a sua linguagem lhe possibilita) do sistema jurídico-político-social.

Esta força da pré-compreensão exige que deixemos de utilizar a expressão "dissídio coletivo de greve" para as ações judiciais que tenham por objeto movimentos paredistas de servidores públicos porque as disposições legais do dissídio coletivo (entre as várias espécies, o de greve) não se aplicam ao serviço público.

O dissídio coletivo é procedimento previsto na Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT – arts. 856 a 875) que visa à edição de sentença normativa, a qual fixa regras jurídicas gerais e abstratas a regularem as relações entre patrões e empregados.

Uma das modalidades de dissídio é aquele em que greve é elemento integrante da pretensão de tutela, conforme se constata do art. 220 do Regimento Interno do Superior Tribunal do Trabalho[5].

[3] Utilizamos aqui o termo "ação" em sentido comum – em oposição ao sentido técnico – na prática usual no meio forense: ação de despejo, ação de cobrança, ação de usucapião; sem prejuízo da compreensão de que a ação é direito à prestação da jurisdição, sem designativo.

[4] STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica.* Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 211

[5] Art. 220. Os dissídios coletivos podem ser:
I - de natureza econômica, para a instituição de normas e condições de trabalho;
II - de natureza jurídica, para interpretação de cláusulas de sentenças normativas, de instrumentos de negociação coletiva, acordos e convenções coletivas, de disposições legais particulares de categoria profissional ou econômica e de atos normativos;
III - originários, quando inexistentes ou em vigor normas e condições especiais de trabalho,

O dissídio coletivo também está previsto no art. 114 da Constituição da República, que dispõe sobre a competência da Justiça do Trabalho.

O dissídio coletivo é, portanto, instituto próprio do Direito do Trabalho, e reveste-se de peculiaridades que não se aplicam ao serviço público.

Daí porque o uso da expressão "dissídio coletivo de greve" deve ser deixado em seu campo tradicional, o Direito do Trabalho e o Processual do Trabalho, preferindo-se a expressão "ação coletiva de greve" para designar o procedimento instaurado em razão de movimento paredista no serviço público, tendo por parâmetro legal a Lei n. 7.783/89.

É evidente que o dissídio coletivo é uma ação coletiva, uma das primeiras no campo processual, mas suas características tão específicas amoldam-se exclusivamente ao direito laboral, que exige, a propósito, uma nova ação de conhecimento[6] (e não uma execução ou cumprimento de sentença) para dar cumprimento à sentença normativa que dele resulta, pois esta seria constitutiva, sem natureza condenatória, tanto é que o Tribunal Superior do Trabalho sumulou sua natureza meramente formal[7].

É ação coletiva porque coletivo é o direito de greve[8].

Diante do novo direito coletivo conferido aos servidores públicos de empreenderem movimento grevista e diante do arcabouço jurídico que estrutura a Administração Pública, a ação que visa a examinar a legalidade de greve de servidor público, bem assim resolver conflitos de natureza não econômica (limite material da jurisdição em caso de greve, como se demonstrará a seguir), deve ser denominada "ação coletiva de greve" e não dissídio coletivo de greve (este próprio do Direito do Trabalho).

III – Limites Materiais da Jurisdição exercitada em Ação Coletiva de Greve

Nada obstante o dissídio coletivo de greve não ser aplicável às greves

---

decretadas em sentença normativa;
IV - de revisão, quando destinados a reavaliar normas e condições coletivas de trabalho preexistentes, que se hajam tornado injustas ou ineficazes pela modificação das circunstâncias que as ditaram; e
V - de declaração sobre a paralisação do trabalho decorrente de greve.

[6] Carlos Henrique Bezerra Leite, esclarece que "a decisão proferida em DC (sentença normativa), por não ter carga condenatória, não comporta execução. Vale dizer, o não cumprimento espontâneo da sentença normativa rende ensejo não à execução do julgado, e sim à propositura da ação de cumprimento. " *in Curso de Direito Processual do Trabalho*, São Paulo: LTr, 2014, p. 1321

[7] **Súmula nº 397 do TST**
AÇÃO RESCISÓRIA. ART. 485, IV, DO CPC. AÇÃO DE CUMPRIMENTO. OFENSA À COISA JULGADA EMANADA DE SENTENÇA NORMATIVA MODIFICADA EM GRAU DE RECURSO. INVIABILIDADE. CABIMENTO DE MANDADO DE SEGURANÇA (conversão da Orientação Jurisprudencial nº 116 da SBDI-2) - Res. 137/2005, DJ 22, 23 e 24.08.2005.
Não procede ação rescisória calcada em ofensa à coisa julgada perpetrada por decisão proferida em ação de cumprimento, em face de a sentença normativa, na qual se louvava, ter sido modificada em grau de recurso, porque em dissídio coletivo somente se consubstancia coisa julgada formal. Assim, os meios processuais aptos a atacarem a execução da cláusula reformada são a exceção de pré-executividade e o mandado de segurança, no caso de descumprimento do art. 572 do CPC. (ex-OJ nº 116 da SBDI-2 - DJ 11.08.2003)

[8] FRAGA, Ricardo Carvalho, e VARGAS, Luiz Alberto de. *In Greve dos Servidores Públicos e STF*, Revista do Tribunal Regional do Trabalho, 3ª Região, v. 51, n. 81, p. 155/173, jan/jul.2010.

de servidores públicos, a longa experiência do Direito do Trabalho e da Justiça do Trabalho a respeito da mediação e regulação da greve impõe o exame das soluções e práticas adotadas neste campo tão peculiar do Direito, sobretudo porque os empregados públicos, isto é, os celetistas contratados nesta qualidade pela Administração Pública, continuam sob a jurisdição laboral.

A Justiça Comum, apenas a partir da decisão do Supremo Tribunal Federal nos Mandados de Injunção n.s 670, 708 e 712, passou a exercer jurisdição em caso de greve, logo nada mais prudente o exame da doutrina e jurisprudência formuladas na Academia e na Justiça especializadas.

A principiar a discussão sobre os limites materiais da jurisdição exercitada em ação coletiva de greve cabe transcrever a Orientação Jurisprudencial n. 5, editada pela Seção de Dissídio Coletivo do Tribunal Superior do Trabalho, *verbis*:

> **05. Dissídio Coletivo. Pessoa Jurídica de Direito Público. Possibilidade jurídica. Cláusula de Natureza Social.** Em face de pessoa jurídica de direito público que mantenha empregados, cabe dissídio coletivo exclusivamente para apreciação de cláusulas de natureza social. Inteligência da Convenção nº 151 da Organização Internacional do Trabalho, ratificada pelo Decreto Legislativo nº 206/2010.

A Seção de Dissídios Coletivos do Tribunal Superior do Trabalho não admitia dissídios coletivos de empregados públicos e tal orientação constava da redação original da OJ n.5; no entanto, a jurisprudência abrandou-se para admitir que as cláusulas sociais possam ser objeto de sentença normativa.

Carlos Henrique Bezerra Leite[9] esclarece a posição originária da SDC do TST:

> A jurisprudência vinha considerando juridicamente impossível o dissídio coletivo de natureza econômica ajuizado por sindicato dos servidores públicos em face de pessoa jurídica de direito público, conforme a redação original da OJ n. 5 da SDC/TST. Segundo esse verbete, somente o Poder Executivo tem competência para deflagrar o processo legislativo que permitirá o aumento da remuneração do servidor público ou concessão de qualquer outra vantagem (CF, arts. 61, § 1º, II, *a*, e 169, § 1º).

O mesmo autor[10] indica quais são os tipos de sentenças normativas:

---

[9] LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Idem**, p. 1321.
[10] Ibidem, p. 1321/1322.

As sentenças normativas, nos dissídios de natureza constitutiva (ou dissídios de interesses) podem criar as seguintes cláusulas ou condições:

a) *econômicas* – geralmente, são cláusulas relativas a salários, como fixação de piso salarial, reajustes, abonos pecuniários, jornada de trabalho, valor dos adicionais, etc;

b) *sociais* – normalmente versam sobre vantagens sem conteúdo econômico. Ex. abono de faltas, extensão da garantia no emprego da empregada gestante e empregado acidentado, etc;

c) *sindicais* – dizem respeito às relações entre sujeitos passivo e ativo da relação processual coletiva, ou seja, entre sindicatos ou entre estes e empresas que figuram no dissídio coletivo. Geralmente, versam contribuições assistenciais a serem descontadas em folha, garantia dos dirigentes sindicais, permitindo sua atuação nas empresas, etc;

d) *obrigacionais* – estabelecem multas para a parte que descumprir as normas coletivas constantes da sentença normativa.

Quatro seriam, portanto, as cláusulas possíveis em sentença normativa – econômicas, sociais, sindicais e obrigacionais – e a Seção de Dissídios Coletivos do Tribunal Superior do Trabalho (SDC/TST) passou a admitir apenas dissídios coletivos para apreciar pretensões destinadas a formular cláusulas sociais.

De rigor, parece que a SDC/TST não excluiria as cláusulas sindicais e obrigacionais da sentença normativa, pois o que resta claro na OJ n. 5 é a absoluta impossibilidade jurídica de pretensão de normatizar judicialmente cláusulas econômicas.

Fruindo da experiência da SDC/TST pode-se dizer que realmente não é possível, assim como em dissídio coletivo da competência da Justiça do Trabalho, em ação coletiva de greve a formulação de pretensão de natureza econômica em razão do óbice constitucional inscrito no art. 2º e no art. 61, § 1º, II, incisos "*a*" até "*e*", da Lei Maior.

Trata-se de óbice constitucional, isto é, a Constituição da República impede que certa pretensão coletiva seja formulada, qual seja: a pretensão de formulação de cláusula de natureza econômica ou a condenação da Administração Pública em obrigação de natureza econômica que atinja os vencimentos dos servidores (qualquer disposição que trate de estipêndios, gratificações, retribuições, indenizações, regime jurídico, plano de cargos e salários, etc).

Há, neste caso, verdadeira impossibilidade jurídica do pedido, eis que o ordenamento jurídico de antemão e de forma abstrata rejeita tal pretensão.

O Superior Tribunal de Justiça, a propósito, no exame da Petição n. 7920/DF, na relatoria do Ministro Hamilton Carvalhido, concluiu pela impossibilidade jurídica do pedido formulado em "dissídio coletivo de servidores civis" de condenação do Presidente da República de envio ao Congresso Nacional de texto elaborado por Mesa Setorial de Negociação, inclusive sem possibilidade de modificação do texto, caso enviado, entre outras obrigações; *verbis*:

> 3. **Falta possibilidade jurídica aos pedidos relativos à determinação ao Senhor Presidente da República de envio ao Congresso Nacional do texto elaborado pela Mesa Setorial com a proibição de qualquer modificação na redação do texto**; à inclusão nas leis orçamentárias das despesas a serem executadas em decorrência da implantação da reestruturação da carreira, pena da implantação da parcela única pelo valor final em julho de 2001; à instauração de procedimento investigatório para apurar responsabilidade das autoridades que deixaram de adotar as condutas impostas pela Mesa Nacional de Negociação; e à determinação para imediato e integral cumprimento de todos os 69 acordos celebrados em Mesa de Negociação, **tudo em face dos princípios constitucionais da separação dos Poderes, da reserva de iniciativa de lei e da legalidade, insertos nos artigos 2°, 61, parágrafo 1°, inciso II, alíneas "a" e "c", e art. 165, da Constituição Federal**.(grifo nosso)

Restariam as cláusulas sociais, sindicais e obrigacionais.

As cláusulas sociais podem ser consideradas também jurídicas no sentido de que nenhum direito social pode decorrer exclusivamente de acordo entre as partes ou de decisão judicial inovadora; imprescindível que exista previsão legal do direito social.

É que a Administração Pública não pode obrar sem que esteja autorizada em lei. Hely Lopes Meirelles[11] esclarece bem esta questão ao tratar do princípio da legalidade:

> Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza.

Logo, não pode o Tribunal de Justiça, por exemplo, condenar o ente público a conceder benefício de natureza social (creche, auxílios, saúde do trabalhador, etc.) sem que haja lei neste sentido, ainda que lei regulando atividade semelhante na iniciativa privada, a ser usada por analogia; jamais poderá o Tribunal de Justiça inovar criando direito não previsto em lei.

[11] MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 17ª ed. 1992, p. 82/83.

Diríamos que as cláusulas sociais são cláusulas jurídico-sociais, porque devem estar, antes, previstas em sede legal.

Por fim restariam as cláusulas sindicais e obrigacionais. As primeiras estão sujeitas ao mesmo princípio da legalidade anterior, isto é, qualquer direito sindical previsto em sentença de tutela coletiva deve estar previsto em lei; evidentemente, todo e qualquer direito comporta interpretação, inclusive ampliativa, de modo que eventualmente algumas questões não previstas em lei podem ser reguladas pela norma judicial se for possível a aplicação do mesmo princípio previsto em norma existente. As segundas são meras penalidades por descumprimento e podem ser admitidas em sede de ação coletiva de greve porque previstas no art. 287, Código de Processo Civil, e art. 84, § 2º, Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90 - aplicável às ações coletivas na parte processual) e art. 11, Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/85).

Além destas cláusulas jurídico-sociais, jurídico-sindicais e obrigacionais, haveria, ainda, uma quarta categoria de cláusula ou dispositivo de sentença específico das ações coletivas de greve de servidor público: a definição da legalidade/abusividade da greve, relevantíssima em razão das implicações do movimento paredista na situação funcional do servidor.

IV – Abusividade da Greve: ilegalidade e abuso de direito

Dispõe o art. 14, *caput*, da Lei de Greves (Lei n. 7.783/89):

> Art. 14 – Constitui abuso do direito de greve a inobservância das normas contidas na presente lei, bem como a manutenção da paralisação após a celebração de acordo, convenção ou decisão da Justiça do Trabalho.

O dispositivo transcrito afirma ser abusiva a greve se não observadas as normas contidas na lei; em outras palavras, é abusiva a greve ilegal.

Abuso de direito não se confunde com ilegalidade, mas esta é a afirmação da Lei de Greve, de sorte que, para que não se perca do foco em estradas teóricas vicinais, neste trabalho, abusividade do direito de greve abarcará não apenas o abuso de direito como a ilegalidade da greve.

A greve será ilegal e, portanto, abusiva quando não observados os requisitos legais para sua deflagração.

A Lei n. 7.783/89 prevê alguns requisitos para a legalidade da greve, a saber:

> 1º) comprovação de estar frustrada a negociação ou verificada a impossibilidade de recurso via arbitral (art. 3º);
>
> 2º) notificação do empregador (no caso, da Administração Pública) com antecedência mínima de 48h (atividades não essenciais) ou 72h (atividades essenciais) (art. 3º, parágrafo único, e art. 13);

> 3º) realização de prévia assembleia geral, convocada segundo previsão estatutária, tendo sido a greve aprovada pelo *quorum* também previsto nos estatutos e na qual tenham sido definidas as reivindicações da categoria (art. 4º);
>
> 4º) manutenção dos serviços cuja paralisação resulte em prejuízo irreparável (art. 9º) e dos serviços essenciais (art. 10).

Além da ilegalidade, a greve será abusiva quando o sindicato (ou associação de servidores) praticar ato que indique o abuso do direito de greve, isto é, quando exceder os limites impostos pelo seu fim, pela boa-fé ou pelos bons costumes (art. 187, Código Civil). Trata-se de conceito jurídico aberto, indeterminado, que se verifica apenas ao exame do caso concreto.

Estes requisitos são indispensáveis e devem ser comprovados com a inicial, se a ação for proposta pelo sindicato (ou associação de servidores), ou com a contestação (esta é uma diferença substancial na ação coletiva de greve do dissídio coletivo de greve - naquela há contestação e neste não, pois não alcançada conciliação passa-se logo ao julgamento, art. 864, CLT).

O primeiro requisito, frustração da negociação, deve ser demonstrado através de ofícios, atas de reunião e outros documentos comprobatórios de que a greve foi precedida de negociação falida.

O segundo requisito, a notificação da Administração Pública, deve ser comprovado, igualmente através de ofício protocolizado ou outro meio capaz de dar ciência. O prazo de 48h ou 72h dependerá se o serviço é essencial ou não. O rol do art. 10 é meramente exemplificativo, em se tratando de greve de servidor público, conforme decidiu o Supremo Tribunal Federal, nos MI n.s 708 e 670, *verbis*:

> ...facultado ao tribunal competente impor a observância a regime de greve mais severo em razão de tratar-se de "serviços ou atividades essenciais", nos termos do regime fixado pelos arts. 9º a 11 da Lei n. 7.783/89.
>
> Pela complexidade e variedade dos serviços públicos e atividades estratégicas típicas do estado, há outros serviços públicos, cuja essencialidade não está contemplada pelo rol dos arts. 9º a 11 da Lei n. 7.783/89. Para os fins desta decisão, a enunciação do regime fixado pelos arts. 9º a 11 da Lei n. 7.783/89 é apenas exemplificativa (*numerus apertus*).

Na dúvida, o sindicato (ou a associação de servidores) deve dar ciência da decisão de greve no prazo de 72h, pena de ver sua greve ilegal caso o tribunal entenda que o serviço prestado é essencial.

O terceiro requisito, assembleia segundo os estatutos e fixação da pauta de reivindicações, deve ser demonstrado com a ata de assembleia e com os estatutos sociais.

A Seção de Dissídios Coletivos do Tribunal Superior do Trabalho expediu as Orientações Jurisprudenciais n.s 8 e 29, que merecem transcrição:

> **08. Dissídio Coletivo. Pauta Reivindicatória não registrada em ata. Causa de extinção.**
>
> A ata da assembleia de trabalhadores que legitima a atuação da entidade sindical respectiva em favor de seus interesses deve registrar, obrigatoriamente, a pauta reivindicatória, produto da vontade expressa da categoria.
>
> **29. Edital de convocação e ata da assembleia geral. Requisitos essenciais para instauração de dissídio coletivo.** O edital de convocação da categoria e a respectiva ata da AGT constituem peças essenciais à instauração do processo de dissídio coletivo.

Evidentemente, no caso de ação coletiva de greve, a falta de comprovação de tais peças não implicará na extinção do feito, como ocorre na Justiça do Trabalho, mas na declaração de ilegalidade da greve, com os efeitos jurídico-administrativos decorrentes desta declaração, inclusive e principalmente na situação funcional dos servidores.

Por fim, a prova (ou ao menos a declaração acompanhada dos critérios de presença) de que os serviços cuja cessação pode causar prejuízos irreparáveis e os serviços essenciais estão sendo exercidos na forma dos arts. 9º e 10, da Lei n. 7.783/89.

A Seção de Dissídios Coletivos do Tribunal Superior do Trabalho editou a Orientação Jurisprudencial n. 38 segundo a qual, se não mantidos os serviços essenciais, a greve é necessariamente abusiva:

> **38. Greve. Serviços essenciais. Garantia das necessidades inadiáveis da população usuária. Fator determinante da qualificação jurídica do movimento.** É abusiva a greve que se realiza em setores que a lei define como sendo essenciais à comunidade, se não é assegurado o atendimento básico das necessidades inadiáveis dos usuários do serviço, na forma prevista na Lei nº 7.783/89.

V - Partes na Ação Coletiva de Greve

As partes na ação coletiva de greve são o ente público e o sindicato que congregar a categoria em greve; entretanto, considerando que apenas recentemente os servidores públicos obtiveram o direito de sindicalização, não parece contrário ao direito que as associações de servidores figurem em um dos polos da ação coletiva, se a categoria em greve a tiver como comandante.

Assim, os servidores podem estar representados quer por sindicato quer por associação de servidores.

Não é incomum, ademais, que a categoria não se sinta representada por sindicato ou por associação, neste caso poderá ser eleita uma comissão de negociação (art. 4º, § 2º, Lei n. 7.783/89), que deverá lavrar uma ata de assembleia, com secretário *ad hoc*.

O Ministério Público deve funcionar como *custos legis*, na forma do disposto no § 1º, art. 5º, Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347), ou como autor, na defesa dos interesses da população atingida pelo movimento paredista, na forma do disposto no inciso I, art. 5º, Lei da Ação Civil Pública.

VI – Justiça Competente

O Supremo Tribunal Federal decidiu, nos MI n.s 670 e 708, que "*as greves de âmbito local ou municipal serão dirimidas pelo Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal com jurisdição sobre o local da paralisação, conforme se trate de greve de servidores municipais, estaduais ou federais*"; "*para o caso da jurisdição no contexto estadual ou municipal, se a controvérsia estiver adstrita a uma unidade da federação, a competência será do respectivo Tribunal de Justiça*"; "*se a paralisação for de âmbito nacional, ou abranger mais de uma região da justiça federal, ou ainda, compreender mais de uma unidade da federação, a competência para o dissídio de greve será do Superior Tribunal de Justiça*"; "*ainda no âmbito federal, se a controvérsia estiver adstrita a uma única região da justiça federal, a competência será dos Tribunais Regionais Federais*".

VII – Rito da Ação Coletiva de Greve

A Ação Coletiva de Greve deve seguir o rito das ações coletivas em geral – o procedimento ordinário, precedido de tentativa de conciliação, por analogia ao dissídio coletivo, seguindo-se a ela a contestação (relembre-se que o dissídio não tem contestação – art. 864, CLT), com as provas documentais, periciais ou testemunhais.

VIII – Natureza da decisão na Ação Coletiva de Greve

A decisão na ação coletiva de greve é declaratória quanto à abusividade ou não da greve e, se houver previsão legal para o reconhecimento de direitos sociais ou sindicais, será condenatória.

Daí porque se a greve tiver sido suspensa antes da decisão sobre sua abusividade e o conflito disser respeito apenas a cláusulas econômicas, o feito deve ser extinto sem apreciação do mérito por impossibilidade jurídica do pedido.

Relembre-se, impossível juridicamente o exame de qualquer pretensão de natureza econômica, pena de ofensa ao princípio da separação dos poderes (art. 2º, CF) e ao princípio da iniciativa legislativa privativa (art. 61, § 1º, II, incisos "a" até "e", CF).

IX – Consequências da abusividade da greve no patrimônio jurídico do servidor

A greve declarada legal não cria qualquer prejuízo para o servidor, já que está a exercer direito constitucional, na forma da lei de regência.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI n. 3235/AL, declarou inconstitucional decreto do Estado de Alagoas que punia servidor em estágio probatório por participação em greve não abusiva, *verbis*:

> 7. Decreto estadual que viola a Constituição Federal, por (a) considerar o exercício não abusivo do direito constitucional de greve como fato desabonador da conduta do servidor público e por (b) criar distinção de tratamento a servidores públicos estáveis e não estáveis em razão do exercício do direito de greve.

Se a greve for declarada abusiva, então o servidor deverá retornar ao trabalho imediatamente, pena de se sujeitar a processo administrativo disciplinar por ausência ao serviço.

X – Dias parados – Possibilidade de Desconto

O Supremo Tribunal Federal, na decisão dos MI n. 670 e 708, concluiu pela possibilidade de desconto dos dias parados, independentemente da abusividade ou não da greve, porque o art. 7º da Lei n. 7.783/89 dispõe que a greve suspende o contrato de trabalho.

O Pretório Excelso, no entanto, na mesma decisão, mitigou esta interpretação para admitir que os dias parados possam ser pagos no caso em que "a greve tenha sido provocada justamente por atraso no pagamento aos servidores públicos civis, ou por outras situações excepcionais que justifiquem o afastamento da premissa de suspensão do contrato de trabalho".

Esta posição do Supremo Tribunal Federal não destoa da posição que vem adotando a Seção de Dissídios Coletivos do Tribunal Superior do Trabalho.

XI – Greve de Policiais

A Constituição Federal veda expressamente a greve de servidores militares (art. 142, § 3º, IV).

O Supremo Tribunal Federal, na Rcl 6568/SP, através da relatoria do Ministro Eros Grau, estendeu esta vedação a todos os grupos armados de servidores públicos, conforme se vê de parte da ementa, que se transcreve:

> Serviços Públicos desenvolvidos por grupos armados: as atividades desenvolvidas pela polícia civil são análogas, para esse efeito, às dos militares, em relação aos quais a Constituição expressamente proíbe a greve.

As polícias militares, evidentemente, também não têm direito de greve, não só pela similitude jurídico-funcional com as forças armadas, mas também em razão do precedente do Supremo Tribunal Federal acima transcrito.

As guardas municipais, na medida em que adquiriram o direito ao porte de arma pela Lei n. 13.022/2014, também não têm mais direito de greve.

XI – Conclusão

1) a greve é direito constitucional e coletivo dos servidores públicos;

2) o Supremo Tribunal Federal decidiu pela aplicação da Lei de Greve (Lei n. 7.783/89), no que couber, ao serviço público;

3) o dissídio coletivo de greve (previsto na CLT e no art. 114, CF) não pode ser adotado em greve de servidor público, sendo cabível, na espécie, ação coletiva de greve;

4) as chamadas cláusulas econômicas, que carregam uma pretensão de natureza vencimental, são juridicamente impossíveis, em razão do princípio da separação de poderes (art. 2º, CF) e do princípio da iniciativa legislativa privativa (art. 61, § 1º, I, "a" até "e", CF);

5) as chamadas cláusulas sociais e sindicais podem ser objeto da ação coletiva, desde que tenham previsão legal, sendo vedado ao Judiciário inovar na criação de direitos em razão do princípio da legalidade que, entre outras consequências, no dizer de Hely Lopes Meirelles, orienta que "na Administração Pública só é lícito fazer o que a lei autoriza";

6) a abusividade da greve (art. 14, Lei de Greve) compreende tanto a ilegalidade como o abuso de direito;

7) há ilegalidade se não respeitados os pressupostos formais de deflagração do movimento;

8) há abuso de direito quando o movimento paredista exceder os limites impostos pelo seu fim, pela boa-fé ou pelos bons costumes (art. 187, Código Civil);

9) são partes na ação coletiva de greve: a Administração Pública, o sindicato (ou associação de servidores ou comissão de negociação) e o Ministério Público (este como *custos legis*, podendo também propor ação coletiva de greve na defesa dos interesses da população prejudicada pelo movimento paredista);

10) o órgão jurisdicional competente para julgar ação coletiva de greve é o Tribunal de Justiça para as greves de servidores estaduais ou municipais; o Tribunal Regional Federal para as greves de servidores federais que se limitem a uma unidade da federação; o Superior Tribunal de Justiça para greves que alcancem mais de uma unidade da federação;

11) o rito da ação coletiva de greve é o ordinário, precedido de conciliação, por analogia ao dissídio coletivo de greve;

12) a decisão na ação coletiva de greve é meramente declaratória se apenas examinar a abusividade ou não da greve, e, se houver cláusula social, condenatória;

13) a greve não abusiva não atinge a situação funcional do servidor, que deve retornar ao trabalho caso o movimento seja declarado abusivo, pena de sujeitar-se a processo administrativo disciplinar por ausência do serviço;

14) os dias parados podem ser descontados, ainda que a greve seja declarada não abusiva;

15) militares, policiais militares, policiais civis e guardas municipais não têm direito de greve.

DIREITO JUDICIAL CRIATIVO
(para uma teoria prática do Direito)

RICARDO DIEGO NUNES PEREIRA*

A Suprema Corte dos EUA, deparada numa situação de ter que afastar a 4ª emenda americana para não anular toda uma prova obtida ilegalmente, o que geraria problemas de administração de justiça, recorreu à sabedoria do *Justice Holmes* para indeferir o pedido que fora feito com base na referida emenda (mutação constitucional?): "*na vida da lei não existe lógica; o que há é a experiência*" (*United State Reports*, 381:629).

Essa sabedoria também se aplica aqui no Brasil, onde se entende que tal experiência (por certa, histórica e empírica, não obstante com inspirações doutrinárias) já está em plena ebulição através, principalmente, das práticas constitucionais, em detrimento da lógica fria das leis. Como a prática constitucional é toda desenvolvida mediante as decisões dos Tribunais Superiores, em especial o STF – o chamado *direito constitucional jurisprudencial* –, surge como corolário a necessidade de se sistematizar um direito próprio desse fenômeno: o *Direito Judicial*.

Como todo fenômeno, faz-se mister uma nomenclatura que simbolize, ou melhor, que traga a carga valorativa que ele quer passar. Assim é com o *Direito Judicial*, deveras em formação, em melhoramento e, por isso, em fase *Beta*. Nesse diapasão é que se menciona um novo modo de ver o direito, voltado para a *práxis* dos Tribunais Superiores.

Historicamente, a partir da sopa orgânica do constitucionalismo, assim podemos vê-lo de forma bastante resumida. No absolutismo vigorava a máxima da concentração de poder, motivo que fez surgir com os séculos e revoluções posteriores uma submissão à Lei do detentor do poder. Era a fase onde o judiciário era tão só a boca da lei, com forte presença, portanto, do Legislativo. Após principalmente a 2ª Grande Guerra com a constitucionalização dos direitos humanos, o Judiciário começou a se fazer mais e mais presente na vida da população, gerando a conhecida *explosão de litigiosidade*. Ocorre, porém, que na falta de como efetivar direitos garantidos na Constituição, passou o Poder Judiciário a ter papel mais ativo, desembocando no alarmado *ativismo judicial*. Agora, como uma previdência do futuro, concebe-se uma sedimentação dessa função ativa do Judiciário, superando a transição do *ativismo* para um próprio conceito, mais elaborado, de *Direito Judicial*. É assim que se olha essa evolução vinda e ainda por vir.

* Advogado, graduado pela Universidade Federal de Sergipe e pós-graduado em Direito do Estado pela Faculdade Social da Bahia. Autor do livro "Direito Judicial Criativo" e artigos jurídicos. E-mail: ricardodiego87@hotmail.com

Interessante sistematização do fenômeno foi lançada em artigo de conteúdo magnífico, da lavra de Emerson Garcia, membro do Ministério Público do Rio de Janeiro, intitulado *Direito Judicial e Teoria da Constituição*[1], para quem parcela da função normativa pulverizou-se entre os Poderes, mormente a intervenção final definitiva dos órgãos jurisdicionais (*final enforcing power*), o que permite se falar em *atividade de produção normativa escalonada*, em que a atuação normativa parte do direito posto pelo legislador e "sobe" ou se desenvolve através da interpretação ou integração jurídica. Tal fato não significa, nunca, uma supremacia do Judiciário em relação aos outros Poderes, mas apenas que aquele tem vocação própria de manter a paz institucional e garantir o sistema jurídico, deveras com finco na Constituição. Até mesmo porque, citando Robert Alexy, o parlamento representa o cidadão politicamente; o tribunal constitucional, argumentativamente.

Conceitualmente, o Direito Judicial reflete a atividade de definição do Direito (*juris dictio*) pelos tribunais, podendo assumir perspectivas *concretas* (na solução de litígios específicos, com postura retrospectiva) ou *abstratas* (no controle de constitucionalidade das leis realizado pelos Tribunais Constitucionais, com postura prospectiva).

Seguindo a sistematização proposta, depreende-se de logo que o **sujeito** desse Direito Judicial é o *agente densificador do conteúdo normativo* (os *órgãos jurisdicionais*, portanto) e o **objeto** é a *norma geral maleável* (seja princípio, seja regra), isto é, com predisposição à moldagem face à realidade ou mesmo expurgação mediante o mecanismo de controle de constitucionalidade, este em si um **instrumento** próprio do Direito Judicial. A sua **fonte** é o processo de sedimentação da jurisprudência e o seu **método** é pela utilização da concepção forte dos princípios, dando-se a estes a mesma imperatividade das regras, embora se distingam qualitativamente (dimensão de validade das regras/operação de subsunção *Vs.* dimensão de peso dos princípios/operação de concreção e ponderação). É isso tudo que dá a *individualidade existencial* do Direito Judicial.

Desmistificando o debate acerca da legitimidade democrática, o autor alega que o poder político também se projeta na função jurisdicional, embora na função legislativa tenha a sua natural expressão. Tal fato não significa, nunca, uma supremacia do Judiciário em relação aos outros Poderes, mas apenas que aquele tem vocação própria de manter a paz institucional e garantir o sistema jurídico, deveras com finco na Constituição. E arremata, citando Robert Alexy:

> Segundo ele, "*a chave para a resolução é a distinção entre a representação política e a argumentativa do cidadão*". Estando ambas submetidas ao princípio fundamental de que todo o poder emana do povo, é necessário compreender "*não só o parlamento mas também o tribunal constitucional como representação do povo*". Essa representação, no entanto, se manifesta de modo

[1] GARCIA, Emerson. Direito Judicial e Teoria da Constituição. *Biblioteca TJ/RJ*, Rio de Janeiro, 28 jul. 2008. Disponível em: <http://cgj.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=2da5f8f6-8764-4584-9c41-a4268b1595c8&groupId=10136>. Acesso em: 29 dez. 2011.

distinto: *"o parlamento representa o cidadão politicamente, o tribunal constitucional argumentativamente"*, o que permite concluir que este, ao representar o povo, o faz de forma *"mais idealística"* que aquele. Ao final, realça que o cotidiano parlamentar oculta o perigo de que faltas graves sejam praticadas a partir da excessiva imposição das maiorias, da preeminência das emoções e das manobras do tráfico de influências, o que permite concluir que *"um tribunal constitucional que se dirige contra tal não se dirige contra o povo, senão, em nome do povo, contra seus representantes políticos"*.

Conferindo-se à Constituição a condição de elemento polarizador das relações entre os poderes, torna-se evidente que os mecanismos de equilíbrio por ela estabelecidos não podem ser intitulados de antidemocráticos. Além disso, a ausência de responsabilidade política dos membros do Poder Judiciário não tem o condão de criar um *apartheid* em relação à vontade popular. Na linha de Bachof, o juiz não é menos órgão do povo que os demais, pois, mais importante que a condição de mandatário do povo é a função desempenhada *"em nome do povo"*, aqui residindo a força legitimante da Constituição. Essa fórmula, aliás, mereceu consagração expressa no art. 202, nº 1, da Constituição portuguesa: *"os tribunais são órgãos de soberania com competência para administrar a justiça em nome do povo"*.[2]

A interferência do Direito Judicial perpassa também por algo que no Brasil não é aceito, mas o é em países como Alemanha, Espanha e França. Ao se declarar a inconstitucionalidade de uma lei em sede de fiscalização abstrata, os efeitos dessa declaração são extensivos a todos os particulares e – aqui mora a ideia – a todas as autoridades e Poderes Públicos, vedando ao legislador reproduzir a mesma norma sem prévia alteração da norma inconstitucional com ela incompatível. Prestigia-se, portanto, o efeito *erga omnes* e a *força de lei* da decisão, assumindo o Direito Judicial feições supressivas e obstativas.

Mas é no problema das omissões (in)constitucionais que o Direito Judicial ganha potencialidade. A solução aqui é mais uma vez convergente ao intento da máxima efetividade das normas constitucionais: sob esse prisma, pode-se alcançar um resultado normante "não com a prolação de decisão substitutiva da própria lei, mas com uma reengenharia interpretativa das normas já existentes, nelas reconhecendo o potencial de integração da Constituição ou mesmo a sua aplicação direta"[3]. É dizer: o Direito Judicial concorre com a normativa preexistente, pois faz a Constituição possuir sempre um conteúdo mínimo que não pode ser ignorado, dotando-a de eficácia plena a todo o momento e exigindo provimento jurisdicional que preserve, pelo menos enquanto não sobrevinda a legislação, seus valores essenciais, principalmente em se tratando de normas fundamentais.

[2] GARCIA, Emerson. Op. cit.
[3] Idem.

É nesse ponto de preservação dos direitos fundamentais que o Direito Judicial autoriza aos órgãos jurisdicionais atuarem de forma a integrar a norma constitucional, numa ação substitutiva à lei, "o que redundará no redimensionamento da clássica divisão entre as funções estatais, tendo como desiderato final a preservação da própria razão de ser da organização estatal: o bem comum"[4].

Quanto à **classificação**, o Direito Judicial pode ser *substitutivo, corretivo, concorrente* ou ainda *supressivo* da lei. No direito judicial *concorrente* e *supressivo*, maiores problemas não há, pois se aceita pacificamente que possa haver a interpretação e aplicação da norma pelo legislador ou mesmo a interpretação mas não sua aplicação em vista da violação à Constituição. Já o direito judicial *substitutivo* da lei (não aplica a norma viciada, mas profere uma decisão que regula, sem violação ao princípio da igualdade, as situações por ela alcançadas) e o *corretivo* (aplica a norma viciada, ampliando o seu alcance às situações indevidamente excluídas) não têm essa aceitação unânime pela alegação de usurpação legislativa, o que não pode prevalecer, pois, dentre outros motivos mais abaixo explicitados, tais formas direcionam as normas constitucionais ao princípio da igualdade.

Vale uma importante observação: até este momento, todo o estudo de Emerson Garcia estava voltado os olhos para o caso concreto na aplicação do direito judicial, mas, como se disse no conceito inicial dado, o Direito Judicial também alcança ares abstratos. Com base nisso é que se pode dividir-se, quanto a sua **perspectiva**, em *Direito Judicial em perspectiva concreta*, preocupado com as decisões do caso a caso, e *Direito Judicial em perspectiva abstrata*, pelo que se fala em *força normativa dos precedentes* e *generalização das individualidades*.

A força normativa dos precedentes se identifica com o princípio do *stare decisis* americano, sistema esse baseado no *case law* em que a elaboração da norma individual ao caso concreto transcenderá à norma geral. E nesse tear os precedentes podem assumir tanto contornos *declarativos* quanto *criativos*, nestes consubstanciando manifestação mais do Direito Judicial *substitutivo e corretivo*, e naqueles, do Direito *concorrente e supressivo*. Paradoxalmente, contudo, parece que quanto mais o sistema jurídico é evoluído menos ele precisa de precedentes criativos, posto que os paradigmas já existentes são suficientes para a garantia dos direitos.

Emerson Garcia[5] aponta vantagens e desvantagens em relação aos precedentes. De positivo, tem-se a uniformização da atividade interpretativa do Direito, a preservação da segurança jurídica nas relações sociais e a consequente manutenção do princípio da igualdade. De outro lado, de negativo, tem-se o comprometimento do envolver social, pois sendo as decisões tomadas de "cima" descarta-se os escalões inferiores, que são os que justamente possuem maior contato com a coletividade. Porém, o mesmo autor logo depois retranca: "essa linha argumentativa, no entanto, é diluída na medida em que os pronunciamentos dos tribunais superiores costumam ser

[4] Idem.
[5] Idem.

antecedidos por uma longa maturação da questão nas esferas inferiores, isto sem olvidar a possibilidade de serem revistos sempre que a evolução social o justifique".

Neste momento, já se podem trazer demais destaques da realidade constitucional atual e que refletem no aqui denominado *Direito Judicial Criativo*, mormente em sua perspectiva *abstrata*. Defende-se como de necessária aplicação também em nosso país em virtude de os paradigmas já existentes não serem suficientes para a garantia dos direitos fundamentais. A repúdio dos que dizem que as teorias vêm do estrangeiro com realidades diversas às nossas, firme-se que os pressupostos filosóficos tendem à universalização naquilo que se propõe, baseados na história e no mundo empírico e humano-científico, pelo que até em contornos diferentes há possibilidade de se acharem pontos em comum. Muitos pontos em comum, aliás.

i. Como dito, é um direito judicial ainda em formação, em versão *beta*, para o futuro, com base na própria noção de constitucionalismo por vir, que internaliza toda evolução no Direito Constitucional ao logo do tempo, cortando seus descomedimentos e mais apropriado para uma nação nível *alfa*, para se referir a um país de estágio constitucional avançado;

ii. Jurisprudência como fonte *imediata* do direito, ao lado da Constituição Federal, leis e tratados internacionais de direitos humanos, o que leva à afirmação de que a jurisprudência também é a "lei" aplicada pelos juízes;

iii. Supera-se a noção desgastada, e dotada de certo preconceito conceitual, de ativismo judicial, dando uma nova vida aos estudos ao seu redor, principalmente naquilo que toca ao direito constitucional jurisprudencial - muito embora se deva registrar que a expressão "direito judicial" foi utilizada inicialmente por Prieto Sanchís de modo negativo também;

iv. Com a supressão da ideia de norma de eficácia limitada, devendo todas ser plenas, passa o Judiciário a ter relevante papel concretizador das normas fundamentais da Constituição, sendo importante nesse ponto a globalização e adaptação dos direitos fundamentais (cidadania) e da democracia - os superprincípios constitucionais - nela garantidos através de instrumentos como a *mutação constitucional* e a *teoria transcendental dos motivos determinantes*, ou mesmo pela aplicação da finalidade subjacente ao instituto com vista na expressão *"a menos que"*, *derrotando-se* um sentido nesse caso e fazendo nascer outro complementar;

, evita-se aquilo que Marcelo Neves[6] chamou de *constitucionalização simbólica* em seu aspecto *negativo* e *positivo*, quando o texto constitucional ou "não é suficientemente concretizado normativo-juridicamente de forma generalizada" ou "a atividade constituinte e a linguagem constitucional desempenham um relevante papel político-ideológico", servindo apenas para, nos traços da legislação simbólica, confirmar valores sociais sem fornecer eficácia normativa, demonstrar a capacidade de ação do Estado mascarando a realidade com formas ideológicas (*constitucionalização-álibe*) e adiar a solução de conflitos sociais através de compromissos dilatórios. Indo contra, portanto, ao valor verdade do constitucionalismo do futuro, sendo certo que obstrui as transformações efetivas da sociedade devido "à discrepância entre a função hipertroficamente simbólica e a insuficiente concretização jurídica de diplomas constitucionais".

vi. Tem-se como certo que a função normativa não é só do Legislativo. O aposentado Min. Eros Grau já dizia isso: "O Poder Legislativo não detém o monopólio da função normativa, mas apenas uma parcela dela, a função legislativa" (*ADI 2.950-AgR, DJ 09/02/2007*). Assim, ele possui parcela dela, a função legislativa, mas não o monopólio normativo, abrindo-se possibilidade de se dar *efeitos normantes* às decisões judiciais (produção normativa heterônoma), naquilo que falta para se garantir um direito constitucional fundamental, inclusive ampliando-o, nos casos de constitucionalidade ou inconstitucionalidade chapada;

vii. Poder-se-ia falar até em uma Teoria Geral do Direito Judicial (pragmático) com fim mesmo de guiar o Judiciário nessa tarefa concretizadora, donde se beberia dos fundamentos da Teoria Geral do Direito Constitucional;

viii. Entendimento a ser observado no sentido de a interpretação ser aberta à sociedade, pluralizando o debate e deixando-o mais democrático e justo, principalmente aos interessados e afetados pelas decisões judiciais. Os cidadãos são autores no seu direito, não meros destinatários. O art. 13, XVII, do RI/STF, traz algo nesse sentido, ao revelar a atribuição do Presidente do STF de convocar audiência pública para ouvir depoimento de pessoas com experiência e autoridade no assunto (argumentos de autoridade), não se resumindo ao âmbito abstrato do controle, seguramente, consoante se extrai da leitura do texto. Outro exemplo é a figura do *amicus curiae*;

ix. Visão contemporânea da separação funcional de Poder, com a coordenação entre eles para efetivação dos direitos

[6] NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

constitucionais, interpenetrando-se uns aos outros e deixando de lado o complexo existencial de poder. A preeminência da função do Poder Judiciário está no fato de a Corte e os órgãos jurisdicionais julgarem a constitucionalidade de uma norma em acordo com os direitos fundamentais, o que faz da Lei Maior não ser apenas um anseio sem força obrigatória (Kelsen). Note-se: tal preeminência, contudo, não é pelo fato em si do *ser* da instituição "*Poder Judiciário*", mas da *função* a ele encarregada de controle da constitucionalidade (noção de guardião da Constituição – Hans Kelsen, no sentido de manutenção do Estado de Direito, o *Rechtsstaat*), que poderia muito bem ter sido também oferecida, por opção política preponderante, ao *Presidente* (Executivo – Schimtt, a fortalecer a unidade política alemã da época do Reich, *e.g.*, numa visão autoritária de uma duvidosa democracia) ou ao *Parlamento* (Legislativo – supremacia parlamentar no Canadá, *e.g.*). Por isso, defende-se neste estudo a *função* do controle de constitucionalidade, no Brasil inerente ao Poder Judiciário, caindo por terra críticas ao *ativismo judicial* (do Poder Judiciário), que não passa mais, na verdade, que *ativismo constitucional* (da Constituição), este fidedigno à legitimidade e força, por derradeiro;

x. Quanto especificamente ao controle de constitucionalidade, devemos focar no modelo de filosofia constitucional *substancialista* de Ronald Dworkin em contraposição ao *procedimentalismo* de Jürgen Habermas. Este modelo *procedimentalista* habermeriano, em breves palavras, defende a participação da sociedade para determinação do direito e estruturação da democracia, porém fazendo pouco caso do Judiciário nessa trajetória, ou seja, como mero revisor dos atos com um mínimo de interferência. Tal modelo, todavia – e isso já é um avanço de paradigma –, não vem grandemente influenciando os sistemas políticos atuais, à exceção da Comunidade Britânica em geral e do Canadá, onde, como citado, a última palavra acerca da constitucionalidade cabe ao Legislativo (num diálogo de jurisdição constitucional entre este e o Judiciário), em virtude mesmo de sua tradição parlamentar e da necessidade histórica de se ter uma conciliação política para, enfim, erigir sua Carta Canadense de Direitos e Liberdades, desvinculando-se da legislação inglesa. Até por isso foi assim. O *substancialismo* de Dworkin, à sua maneira, bem compatível com o modelo americano, nasce de uma "leitura moral da Constituição", que nada mais é que o neopositivismo da união indissolúvel entre o direito e a moral, juntamente com toda carga valorativa e principiológica subjacente à Constituição. Vê-se, através dessa lente de caráter discursivo, o texto e contexto da Lei Máxima de uma nação;

xi. Distinção entre legitimidade popular formal e legitimidade popular substantiva (*Democracia formal, fictícia, plebiscitária* Vs. *Democracia substantiva, substancialista*): já se disse que os juízes, embora não tenham legitimidade de origem (própria do parlamentar pelo voto), o tem de exercício (adquirida, se preferir), pelo que controla a vontade do povo instada na lei pela própria vontade do povo instada na Constituição. De mais a mais, se disser que a legitimidade democrática popular vem somente do voto ter-se-á que repensar toda essa concepção, pois - e isso não é novidade - há enorme manipulação eleitoral, que inexoravelmente desvirtua a vontade popular. Ora, é uma falácia que mais está para o plano da teoria do que o da prática dizer que o povo é o titular do Poder e os seus representantes o exercem (*democracia formal, fictícia, plebiscitária*). Que democracia substantiva se poderia falar no caso brasileiro, onde apenas 11% da população confia em seus representantes?! Como haver democracia sem confiança, onde os ditos representantes ficam em última colocação [!] num ranking de credibilidade em que consta de sindicatos a bombeiros e o 2° grupo menos confiável (executivos de bancos) está 36 pontos à frente dos políticos?! Por causa desse divórcio consumado entre a vontade governada e a vontade governante (no plano mais da ficção de uma suposta paridade volitiva), como alternativa a evitar danos à cidadania preterida, Paulo Bonavides[7], citando Maria Arair Pinto Paiva, refere-se a *espaços públicos*, em contraposição ao estatal, como "auxiliar poderoso na construção dos sistemas participativos da democracia direta", "[...] democracia que assume o *status* de direito da quarta geração, direito cuja universalidade e essencialidade compõem o novo *ethos* que o gênero humano, em sua irreprimível vocação para a liberdade, a igualdade e a justiça, toma por inspiração". Assim sendo, "o teorema político da sociedade nacional contemporânea já não é tanto o da legalidade [...], senão o da constitucionalidade [...]". Dar-se-a marcha, a partir disso, para um grau superior de democracia e legitimidade cidadãs, passando-se de um direito estatal a um direito comunitário ou político-coletivo, em alternativa, como dito, à crise da representação política;

xii. Ultrapassa-se, outrossim, a democracia da maioria, pois focando-se no controle de controle de constitucionalidade tem-se um meio de proteção eficaz da minoria contra os atropelos da maioria (Kelsen) - a decisão pretensamente democrática não pode tolher liberdades alheias. O guardião da Constituição

[7] BONAVIDES, Paulo. *Teoria Constitucional da Democracia Participativa*: por um Direito Constitucional de luta e resistência; por uma Nova Hermenêutica; por uma repolitização da legitimidade. São Paulo: Malheiros, 2001.

garante o respeito, portanto, a todas as parcelas da sociedade e ainda fortifica a federação, ao ver inconstitucionalidades por usurpação de Poder, alcançando legitimidade democrática seja por plausíveis argumentações plurais e participativas, seja por ter como norte a conformidade constitucional valorativa e histórica. Se quiserem, até se compensando a falta formal do consagro popular através do voto;

xiii. A *democracia substantiva ou substancialista*, a anos-luz de significar necessariamente voto ou princípio majoritário de representação, faz surgir o papel ativo do judiciário (*rectius*: papel ativo da *Constituição*, em última análise, na verdade);

xiv. Em vista do sobredito, falar em *Ditadura do Judiciário* é um contrassenso lógico-jurídico-político-social-filosófico-histórico-cultural..., pois o que se trabalha não é com o Poder, mas a *função* que ele exerce de proteção à Constituição, necessária até para a sobrevivência da sociedade e que, repita-se sem cansar, por ser necessário, poderia ter sido atribuída (essa função) a outrem, por opção político-cultural. A atividade judicial-constitucional supre falhas de todos os poderes e, de certa forma, também pode ser compartilhada, na medida em que os outros também podem, dentro das proposições clássicas para os quais foram criados tipicamente ou atipicamente (legislar, administrar e julgar, em concorrência recíproca), trazer esse papel fundamental aos valores constitucionais, disseminando-os responsavelmente;

xv. Por isso, ganha sentido afirmar juntamente com Peter Häberle (*in*: *Zeit und Verfassung*) que "o direito processual constitucional torna-se parte do direito de participação democrática. A interpretação constitucional realizada pelos juízes pode-se tornar, correspondentemente, mais elástica e ampliativa sem que se deva ou possa chegar a uma identidade de posições com a interpretação do legislador". A *vontade objetiva da Constituição* (*Wille zur Verfassung*) (que faz preponderar o *poder judiciário*) acaba por prevalecer sobre a *vontade subjetiva do legislador* (que faz preponderar o *poder legislativo*), esta mais próxima de uma *vontade de poder* (*Wille zur Macht*). Nesse contexto, a *Justiça* não é um mero Poder instituído (passivo, estático), senão *instituinte* (ativo, dinâmico), principalmente em relação aos direitos fundamentais – note-se, chamou-se de *Justiça instituinte* e não "Poder Judiciário instituinte", sendo aquela a equação complexa entre este, a força normativo-vinculante da Constituição e a função encabeçada pelos *superprincípios constitucionais* (expressão de José Afonso da Silva[8]) – princípio da constitucionalidade (controle de constitucionalidade e de conformidade do sistema jurídico-normativo), princípio do

[8] SILVA, José Afonso da. *Poder Constituinte e Poder Popular* (estudos sobre a Constituição). São Paulo: Malheiros, 2000.

Estado Constitucional de Direito (*Verfassungsstaat*) e princípio da proteção dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana;

xvi. O pensamento de Peter Häberle tem influenciado o desenvolvimento do Direito Constitucional, principalmente aqui no Brasil pelas decisões recentes encontradas na jurisprudência do STF, o que assaz sintoniza o país no âmbito do Direito Judicial: **a)** abertura do processo constitucional a uma maior pluralidade de sujeitos – os intérpretes em sentido amplo da Constituição numa "comunicação entre norma e fato" (*Kommunikation zwischen Norm und Sachverhalt*) –, através dos *amicus curiae* (com possibilidade hoje de até fazerem sustentação oral) e das audiências públicas (art. 9º da Lei 9.868/99), propiciando maior legitimidade democrática às decisões proferidas, sendo relevante ainda destacar que tais audiências devem ser transmitidas pela TV Justiça e pela Rádio Justiça para conhecimento geral e imediato (art. 154 do RI/STF); **b)** o pensamento das possibilidades ou indagativo (*fragendes Denken*), pelo que se revela que a Constituição não é norma fechada, mas sim um projeto (*Entwurf*) em contínuo desenvolvimento, tornando-se visível, segundo Häberle, "uma teoria constitucional das alternativas" a converter-se também em uma "teoria constitucional da tolerância". Isso permite as perspectivas de novas realidades, numa "adaptação às necessidades do tempo de uma visão normativa". No âmbito do STF, vale citar a sua influência na ADI 1.289; **c)** dos seus estudos, retiram-se reflexões sobre a relação entre tempo e Constituição (*Zeit und Verfassung*) e, desse modo, sobre o fenômeno da mutação constitucional (*Verfassungswandel*). Afirma Häberle que não existe norma jurídica, senão norma jurídica interpretada, colocando-a em seu devido tempo ou integrando-a na realidade pública. É o que ele passa a chamar conceitualmente de *pós-compreensão* (*Nachverständnis*), pelo que se compreende supervenientemente uma dada norma. Por outras palavras, é dizer que a norma, confrontada com novas experiências, transforma-se necessariamente em uma outra norma, por uma interpretação constitucional aberta situada num processo dialético, sendo mais defensável ainda que ocorra exatamente em matéria de defesa dos direitos fundamentais; **d)** em uma visão de Häberle de Estado Constitucional cooperativo, no contexto atual de abertura a ordens jurídicas supranacionais de proteção de direitos humanos e fundamentais, destaca-se sua influência no âmbito do Supremo a partir do julgamento dos Recursos Extraordinários 349.703 (relator para o acórdão ministro Gilmar Mendes) e 466.343 (relator ministro Cezar

Peluso), defensável em conta do art. 4º, parágrafo único, e art. 5º, §§ 2º, 3º e 4º da CF/88, pelo que adotou-se a tese da supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos com eficácia jurídica paralisante de disciplina normativa infraconstitucional conflitante[9];

xvii. De mais a mais, a Constituição não é só de um país, mas de uma nação globalizada, mundializada, podendo sofrer, até mesmo, intervenções de Tribunais Internacionais em caso de violação a direitos humanos, modelo hoje desenvolvido na figura do *transconstitucionalismo*, em que o direito constitucional entra em contato com outros sistemas, numa *relação transcendental permanente*, contribuindo para tanto a expansão da jurisdição constitucional e o fortalecimento dos direitos da pessoa humana. A proposta que vem se afirmando é que as ordens estatais, internacionais e supranacionais dialoguem e entrosem-se.

De tudo isso, observa-se que um novo modo de Direito mais cidadão e democrático surge: o *Direito Judicial Criativo*, focado que é na prática normativo-jurisprudencial criativa, por certo fortalecido no Brasil em sua perspectiva concreta e principalmente abstrata, nas novas tendências encampadas tanto pelo ordenamento jurídico positivado (*v.g.*, súmula vinculante, repercussão geral, julgamento de recurso repetitivo), quanto pelo STF em sede de controle de constitucionalidade, com vistas na efetivação plena da Constituição.

Fiquemos, ao final, com o mesmo epílogo do texto de Emerson Garcia[10], por ser assaz pertinente:

> Ainda que sejam tortuosos os percursos metodológicos conducentes à fundamentação do Direito Judicial, é inegável a influência projetada, no meio social, pelas decisões dos órgãos jurisdicionais, em especial dos tribunais superiores. Não é exagero afirmar que materializam o direito vivo, renovando sua essência a cada vaga de mutação social. O estudo do Direito Judicial estimula a identificação de suas virtualidades e permite a idealização de adequados mecanismos de controle, pois, na conhecida sentença de *Lord Acton*, "*todo o poder corrompe e o poder absoluto corrompe absolutamente*". Um breve tracejar das potencialidades dessa temática, ainda que acompanhado de imperfeições e incontáveis omissões, foi o nosso objetivo.

[9] Cf. MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do. O pensamento de Peter Häberle na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal do Brasil. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, Argentina, n. 12, julio-diciembre 2009, pp. 121-146. Disponível em: <http://www.iidpc.org/revistas/12/pdf/137_162.pdf>. Acesso em: 02 jan. 2012.

[10] Op. cit.

OBSERVATÓRIO JURÍDICO

OBSERVATORIO JURÍDICO

O ACESSO À INFORMAÇÃO PREVISTA EM LEI É GERAL E IRRESTRITO ? - NÃO.

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS*

A Lei nº 12.527 de 18/11/2011 declara em seu artigo 3º inciso I que:

> "Art. 3º Os procedimentos previstos nesta Lei destinam-se a assegurar o direito fundamental de acesso à informação e devem ser executados em conformidade com os princípios básicos da administração pública e com as seguintes diretrizes:
>
> I. observância da publicidade como preceito geral e do sigilo como exceção; ...",

incluindo o que é informação sigilosa, no art. 4º, inciso III, cuja dicção é a seguinte:

> "Art. 4º Para os efeitos desta Lei, considera-se:
> .....
>
> III. informação sigilosa: aquela submetida temporariamente à restrição de acesso público em razão de sua imprescindibilidade para a segurança da sociedade e do Estado;.....".

Conclui com os §§ 1º e 2º, do artigo 7º, segundo os quais:

> "§ 1º O acesso à informação previsto no *caput* não compreende as informações referentes a projetos de pesquisa e desenvolvimento científicos ou tecnológicos cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado. "
>
> "§ 2º Quando não for autorizado acesso integral à informação por ser ela parcialmente sigilosa, é assegurado o acesso à parte não sigilosa por meio de certidão, extrato ou cópia com ocultação da parte sob sigilo."

* Advogado, professor-emérito da Universidade Mackenzie e presidente da Comissão de Reforma Política da OAB-SP.

Por fim, o artigo 23 prevê que:

> "Art. 23. São consideradas imprescindíveis à segurança da sociedade ou do Estado e, portanto, passíveis de classificação as informações cuja divulgação ou acesso irrestrito possam:
>
> I - pôr em risco a defesa e a soberania nacionais ou a integridade do território nacional;
>
> II - prejudicar ou pôr em risco a condução de negociações ou as relações internacionais do País, ou as que tenham sido fornecidas em caráter sigiloso por outros Estados e organismos internacionais;
>
> III - pôr em risco a vida, a segurança ou a saúde da população;
>
> IV - oferecer elevado risco à estabilidade financeira, econômica ou monetária do País;
>
> V - prejudicar ou causar risco a planos ou operações estratégicos das Forças Armadas;
>
> VI - prejudicar ou causar risco a projetos de pesquisa e desenvolvimento científico ou tecnológico, assim como a sistemas, bens, instalações ou áreas de interesse estratégico nacional;
>
> VII - pôr em risco a segurança de instituições ou de altas autoridades nacionais ou estrangeiras e seus familiares; ou
>
> VIII - comprometer atividades de inteligência, bem como de investigação ou fiscalização em andamento, relacionadas com a prevenção ou repressão de infrações. "

Como se percebe, a própria lei, estabelece, em inúmeros dispositivos, que não há irrestrito direito à informação, o que se compreende, perfeitamente, visto que, quando a segurança do Estado e da sociedade está em jogo, o mesmo ocorrendo com a própria segurança do indivíduo, o sigilo é fundamental.

Como professor da Escola de Comando e Estado Maior do Exército, há 23 anos, já participei de banca de mestrado, em cursos militares, tendo por tema o serviço de inteligência no Brasil e no mundo, em que a banca decidiu divulgar o teor da dissertação, aprovada com louvor, apenas no âmbito da própria escola.

Alvim Toffler, no seu livro "Guerra e antiguerra", mostra que as guerras futuras dependerão, exclusivamente, do nível de informação, da inteligência dos países em conflito, e da agilidade em obtê-lo o mais rápido possível e antes que o adversário.

Detectar projetos do crime organizado antes que os delitos ocorram, para a proteção à sociedade, exige sigilo de fonte, risco de tornar inútil qualquer atuação privativa do Estado em prol do País.

Por esta razão é que, com clareza, há na lei indicação das hipóteses em que o sigilo é possível e, mais do que isto, necessário, para proteção do Estado e da sociedade e para a sua segurança.

Imagine-se, por exemplo, um liberto chefe de quadrilha de narcotraficantes, no exercício de sua cidadania, pedindo informação sobre as próximas operações da polícia federal, detalhando os postos de fronteira em que atuará, para impedir a entrada de drogas no país...

Parece-me, pois, estritamente, dentro dos limites colocados pela própria lei, que não é irrestrito o acesso à informação, para o bem do povo e da segurança nacional.

Por fim, quero lembrar que a Constituição Federal, no seu Título V, dividido em quatro capítulos, dedica os dois primeiros aos Estados de Defesa e de Sítio, onde os direitos individuais são reduzidos, para que o regime democrático seja preservado. Não sem razão, Aricê Amaral dos Santos, saudoso desembargador do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, intitulava o Título V da Lei Suprema como "Regime Constitucional das Crises".

A resposta à questão, portanto, nos termos de que a própria lei estabelece, é: Não.

LEGITIMIDADE ATIVA DO PGJ DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL PARA O CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE EM ABSTRATO PERANTE O STF UMA VEZ DEMONSTRADO O INTERESSE REGIONAL OU LOCAL A SER TUTELADO

CLAUDIO TENORIO FIGUEIREDO AGUIAR*

Sumário: 1 Estrutura Organizacional do Ministério Público Brasileiro. 2 O conflito de atribuições entre Ministérios Públicos estaduais diversos ou entre ramo do MPU e determinado Ministério Público estadual. 3 A Reclamação apresentada pelo Ministério Público Estadual diretamente ao STF. 4 O Ministério Público estadual no STJ. 5 Conclusões. 6. Bibliografia.

Síntese Dogmática: O controle de constitucionalidade no Brasil é considerado eclético. A legitimidade ativa para a causa, outrora restrita ao PGR, foi plenamente ampliada. O Ministério Público brasileiro tem como uma de suas missões a defesa da ordem jurídica o que por óbvio inclui a defesa da Constituição. Não existe qualquer hierarquia entre Ministério Público da União e Ministério Público Estadual. O Ministério Público brasileiro adota o mesmo modelo de organização do Estado quanto à sua forma, a federação, razão pela qual entre os Ministérios Públicos vigora uma relação de autonomia. Neste cenário, não se justifica a negativa de legitimidade ativa para a causa ao Procurador-Geral de Justiça para que possa inaugurar o controle concentrado em abstrato de constitucionalidade das leis e atos normativos que estejam a violar a Constituição da República perante o STF uma vez demonstrado o interesse regional ou local a ser tutelado. Limitar a atribuição do Procurador-Geral de Justiça do Ministério Público estadual a apenas encaminhar um pedido ou representação ao Procurador-Geral da República ou à CONAMP é diminuir o *parquet* estadual e incidir em inconstitucionalidade por violação da autonomia e por reconhecimento de hierarquização entre os Ministérios Públicos.

1) Estrutura Organizacional do Ministério Público Brasileiro

A estrutura organizacional do Ministério Público no Brasil é apresentada no artigo 128, I e II (segundo o STF, MP Comum em diferenciação ao MP especial que alcança o MP junto ao Tribunal de Contas cuja natureza e estrutura em nada se assemelham ao MP comum), do texto constitucional evidenciando a absorção da forma de Estado adotada no país.

* Membro do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

(vinte e seis) Ministérios Públicos estaduais além do Ministério Público da União com seus 4 (quatro) ramos e especializações (por opção do constituinte, não foi criado como um 5º ramo do MPU o chamado MP eleitoral que é uma função atribuída ao MPF e também exercida pelo MPE na justiça eleitoral de 1º grau conforme dispõem os artigos 72 ao 80 da LC 75/93), havendo como consequência uma verdadeira autonomia administrativa, funcional, financeira, legislativa e orçamentária de cada qual para com os seus pares, a exceção dos ramos do MPU entre os quais há de existir uma vinculação maior.

Por longo tempo, esta autonomia dificultou a formação de uma identidade nacional para o Ministério Público brasileiro o que parece ter ficado no passado a partir de uma evidente aproximação facilitada pela existência da CONAMP, do CNPG e do próprio CNMP. Entretanto, por mais que devamos buscar uma unidade nacional (José Afonso da Silva defende o caráter nacional e unitário do MP brasileiro) que só nos fortalecerá, a construção deste caminho depende da aplicação do conceito de federalismo por cooperação, sem imposição e através do acordo com o estabelecimento de consensos mínimos, tendendo a ser, por outro lado, um laço mais forte e duradouro do que aquele que une, por exemplo, os órgãos do Poder Judiciário.

Outra consequência da autonomia entre os vários Ministérios Públicos que existem no Brasil ocorre diante da constatação de que são 28 (vinte e oito) leis orgânicas vigentes que estabelecem a organização, as atribuições e o estatuto do *parquet* nacional. Há uma para o MPU, outra de caráter nacional com normas gerais para os Ministérios Públicos estaduais que ainda possuem uma lei orgânica específica. Além disso, há diferentes tratamentos, inclusive em sede constitucional (art. 128 §§ 1º ao 4º da CRFB/88) no que tange a aspectos do sistema de escolha e destituição da chefia institucional, tempo destinado à investidura por prazo determinado e condições exigidas daquele que pretende se tornar o Procurador-Geral.

Por conta da referida autonomia institucional é que em diversas oportunidades, que serão detalhadas abaixo, o STF destacou a inexistência de hierarquia entre os diversos Ministérios Públicos no Brasil merecendo destaque as razões que justificaram a solução dada para tratar do conflito de atribuições, a motivação da decisão que referendou a inexistência de prazo comum para o exercício da opção pelo regime jurídico anterior, a justificativa dada para a inaplicabilidade da simetria no sistema de escolha ou destituição para a chefia institucional (ADI 3727 - STF - 12/05/2010) e mais recentemente a mudança na interpretação que era literal de texto já existente há muito no sentido de passar a permitir que o *parquet* estadual possa atuar diretamente no STF, independentemente da atuação do MPU ou mesmo no STJ onde foi feita a distinção entre os papéis de órgão agente e interveniente.

Estes passos já percorridos permitem vislumbrar os seguintes, sendo um deles, o reconhecimento da legitimidade ativa ao PGJ, chefe do *parquet* estadual, para inaugurar o controle concentrado de constitucionalidade em abstrato perante o STF, questionando lei ou ato normativo em face da

Constituição da República, desde que demonstrada a pertinência temática e o interesse regional/local, como veremos a seguir.

2) O conflito de atribuições entre Ministérios Públicos estaduais diversos ou entre ramo do MPU e determinado Ministério Público estadual

Essa é uma questão que ainda não se encontra estabilizada. Doutrina e jurisprudência ainda divergem sobre a melhor solução para este conflito. A jurisprudência do STF, inicialmente favorável ao devido equacionamento do assunto pelo STJ, aplicando a analogia ao conflito de competência com base no art. 105, I, "d" da CRFB/88, passou para uma nova fase a partir de 2005 quando firmou sua própria competência para julgar o conflito com base na aplicação residual do art. 102, I, "f" da CRFB/88. No momento em que este texto está sendo escrito, o plenário do STF volta a discutir o tema podendo seguir nova orientação em razão do entendimento de novos ministros que passaram a compor nosso maior tribunal (ACO 924/PR – Informativo 707 do STF).

Deixando de lado essa discussão, a ser enfrentada em outro momento, até mesmo ressalvando o entendimento pessoal do autor no sentido de que este não é um problema do Judiciário, o fato é que tem prevalecido desde que o STF afirmou a sua competência para resolver o conflito, em geral através das chamadas Ações Cíveis Originárias, uma fundamentação baseada na inexistência de hierarquia entre MPU x MPE, senão vejamos :

> "(...) Também não é possível assentar-se competir ao Procurador-Geral da República a última palavra sobre a matéria. A razão é muito simples: de acordo com a norma do § 1º do artigo 128 do Diploma Maior chefia ele o Ministério Público da União, não tendo ingerência, considerados os princípios federativos, nos Ministérios Públicos dos Estados. Todavia, diante da inexistência de disposição específica na Lei Fundamental relativa à competência, o impasse não pode continuar. Esta Corte tem precedente segundo o qual, diante da conclusão sobre o silêncio do ordenamento jurídico a respeito do órgão competente para julgar certa matéria, a ela própria cabe a atuação: (...) Transporte-se o enfoque para o conflito de atribuições entre o Ministério Público Estadual e o Ministério Público Federal. A solução há de decorrer não do pronunciamento deste ou daquele Ministério Público, sob pena de se assentar hierarquização incompatível com a lei fundamental. (**Pet 3528/BA – STF – Pleno – 28/09/2005**)

Nítida a argumentação de inexistência de hierarquia entre o Ministério Público da União e os congêneres estaduais reconhecendo a autonomia de cada um.

3) A Reclamação apresentada pelo Ministério Público Estadual diretamente ao STF

O STF mudou sua orientação sobre a possibilidade de apresentação de Reclamação diretamente pelo MP estadual. Inicialmente, fundamentando seu posicionamento nas previsões da LC 75/93 (LOMPU) que indicavam no artigo 37 c/c art. 46 ser do PGR de modo exclusivo a atribuição para oficiar no STF pelo Ministério Público brasileiro, o que inclusive levou a extinção de algumas reclamações propostas ou mesmo a sua apresentação para ratificação pelo PGR (Rcl 7939/RJ), mais uma vez, com substrato na inexistência de hierarquia entre MPU e MPE e no acesso ao Judiciário, em especial para garantir o efeito vinculante das decisões ou súmulas que tenham esta característica, foi admitida a legitimidade ativa *ad causam* ao MPE. Abaixo, trechos das referidas decisões.

> A) Rcl 7939 / RJ - RIO DE JANEIRO Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA Julgamento: 25/03/2009
>
> RECLTE. (S): MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
>
> RECLDO. (A/S): JUIZ DE DIREITO DA 9ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA DA COMARCA DA CAPITAL (AÇÃO CIVIL PÚBLICA Nº 2008.001.078192-9)
>
> INTDO. (A/S): COMPANHIA MUNICIPAL DE LIMPEZA URBANA - COMLURB
>
> ADV.(A/S): LEONARDO MOREIRA LIMA E OUTRO (A/S)
>
> RECLAMAÇÃO. ALEGADO DESCUMPRIMENTO DA SÚMULA VINCULANTE N. 13 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. AUSÊNCIA DE LEGITIMIDADE PARA AJUIZAR RECLAMAÇÃO PERANTE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RECLAMAÇÃO À QUAL SE NEGA SEGUIMENTO.
>
> Relatório
>
> 1. Reclamação, com pedido de medida liminar, ajuizada pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, em 23.3.2009, contra ato do Juízo de Direito da 9ª Vara da Fazenda Pública da Comarca da Capital do Rio de Janeiro que, nos autos da Ação Civil Pública n. 2008.001.078192-9, teria descumprido a Súmula Vinculante n. 13 do Supremo Tribunal Federal.
>
> (...)

4. Há óbice processual que impede o conhecimento da presente Reclamação.

O Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, ora Reclamante, não tem legitimidade para atuar originariamente no Supremo Tribunal Federal, incumbência exclusiva do Procurador-Geral da República. É o que dispõe o art. 46 da Lei Complementar n. 75/1993:

'Art. 46. Incumbe ao Procurador-Geral da República exercer as funções do Ministério Público junto ao Supremo Tribunal Federal, manifestando-se previamente em todos os processos de sua competência.'

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a partir do julgamento proferido no *Habeas Corpus* n. 80.463/DF, tem se firmado no sentido de que ministério público estadual não tem legitimidade para oficiar perante os tribunais superiores:

(...)

5. Pelo exposto, nego seguimento à presente Reclamação, ficando, por óbvio, prejudicada a medida liminar pleiteada (art. 38 da Lei n. 8.038/1990 e art. 21, § 1°, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal).

Publique-se. Brasília, 25 de março de 2009. Ministra CÁRMEN LÚCIA Relatora

B) Reclamação - Legitimidade Ativa do Ministério Público Estadual - Remição Penal - Súmula Vinculante N° 9/STF (Transcrições) - Informativo 600 do STF

RMS - 24736

Reclamação - Legitimidade Ativa do Ministério Público Estadual - Remição Penal - Súmula Vinculante N° 9/ STF (Transcrições) Rcl 7245/SP* RELATOR: Min. Celso de Mello. EMENTA: REMIÇÃO PENAL (LEP, ART. 127). RECLAMAÇÃO AJUIZADA PERANTE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. LEGITIMAÇÃO ATIVA *"AD CAUSAM"* DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. COMETIMENTO DE FALTA GRAVE POR SENTENCIADO. PERDA DOS DIAS REMIDOS. SENTENÇA QUE CONCEDE A REMIÇÃO PENAL. ATO DECISÓRIO

> INSTÁVEL OU CONDICIONAL. RECEPÇÃO DO ART. 127 DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL PELA VIGENTE ORDEM CONSTITUCIONAL. DESRESPEITO À SÚMULA VINCULANTE Nº 09/STF. RECLAMAÇÃO JULGADA PROCEDENTE. - O Ministério Público dos Estados-membros dispõe de legitimidade ativa *"ad causam"* para ajuizar, originariamente, perante o Supremo Tribunal Federal, reclamação destinada a fazer prevalecer a autoridade de enunciado constante de súmula vinculante, cujo teor normativo tenha sido concretamente desrespeitado por ato emanado do Poder Executivo ou proferido por qualquer órgão do Poder Judiciário. - Inexiste qualquer relação de dependência ou de subordinação entre o Ministério Público dos Estados-membros e o Procurador-Geral da República, considerada a prerrogativa de autonomia institucional de que também se acha investido, por efeito de explícita outorga constitucional (CF, art. 127, § 1º), o *"Parquet"* estadual. - Inadmissível, desse modo, exigir-se que a atuação processual do Ministério Público local se faça por intermédio do Procurador-Geral da República, que não dispõe de poder de ingerência na esfera orgânica do *"Parquet"* estadual, pois lhe incumbe, unicamente, por expressa definição constitucional (CF, art. 128, § 1º), a Chefia do Ministério Público da União.

Há que se destacar no julgado logo acima mencionado mudança de orientação e a autonomia reconhecida pelo STF entre os Ministérios Públicos no Brasil.

4) O Ministério Público estadual no STJ

Da mesma forma, o STJ passou a diferenciar a atuação como órgão agente e órgão interveniente (*custos legis*), fundada também e ainda mais uma vez na falta de hierarquia entre MPU e MPE, para permitir ao *parquet* estadual a presença nos julgamentos da referida corte, em especial nas demandas originadas naquela unidade da federação. Abaixo, transcreve-se importante julgado neste sentido:

> **O Ministério Público estadual tem legitimidade recursal para atuar no STJ**. O entendimento até então adotado pelo STJ era no sentido de conferir aos membros dos MPs dos estados a possibilidade de interpor recursos extraordinários e especiais nos tribunais superiores, restringindo, porém, ao procurador-geral da República (PGR) ou aos subprocuradores da República por ele designados a atribuição para oficiar junto aos tribunais superiores, com base na LC n. 75/1993

e no art. 61 do RISTJ. A nova orientação baseia-se no fato de que a CF estabelece como princípios institucionais do MP a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional (art. 127, § 1º, da CF), organizando-o em dois segmentos: o MPU, que compreende o MPF, o MPT, o MPM e o MPDFT; e o MP dos estados (art. 128, I e II, da CF). O MP estadual não está vinculado nem subordinado, no plano processual, administrativo e/ou institucional, à chefia do MPU, o que lhe confere ampla possibilidade de postular, autonomamente, perante o STJ. A própria CF, ao assentar que o PGR é o chefe do MPU, enquanto os MPs estaduais são chefiados pelos respectivos procuradores-gerais de justiça (PGJ) (art. 128, §§ 1º e 3º, da CF), sinaliza a inexistência dessa relação hierárquica. Assim, não permitir que o MP do estado interponha recursos em casos em que seja autor da ação que tramitou originariamente na Justiça estadual, ou mesmo ajuizar ações ou medidas originárias (mandado de segurança, reclamação constitucional, pedidos de suspensão de segurança ou de tutela antecipada) nos tribunais superiores, e nelas apresentar recursos subsequentes (embargos de declaração, agravo regimental ou recurso extraordinário), significa: (a) vedar ao MP estadual o acesso ao STF e ao STJ; (b) criar espécie de subordinação hierárquica entre o MP estadual e o MP federal, sendo que ela é absolutamente inexistente; (c) cercear a autonomia do MP estadual; (d) violar o princípio federativo; (e) desnaturar o jaez do STJ de tribunal federativo, uma vez que tolheria os meios processuais de se considerarem as ponderações jurídicas do MP estadual, inclusive como um modo de oxigenar a jurisprudência da Corte. Ressalte-se que, nesses casos, o MP estadual oficia como autor, enquanto o PGR oficia como fiscal da lei, papéis diferentes que não se confundem, nem se excluem reciprocamente. Esse novo entendimento não acarretará qualquer embaraço ao cumprimento das medidas legais de intimação dos MPs estaduais no âmbito do STJ, já que elas terão como destinatários, exclusivamente, os respectivos chefes dessas instituições nos estados. De igual modo, não se vislumbra qualquer dificuldade quanto ao local de onde deve se pronunciar oralmente o PGJ ou seu representante especialmente designado para tal ato, que tomará a tribuna reservada às partes, deixando inalterada a posição do membro do *Parquet* federal atuante no órgão julgador do STJ, o qual estará na qualidade de *custos legis*. Precedente citado do STF: RE 593.727-MG (questão de ordem). **AgRg no AgRg no** AREsp 194.892-RJ, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 24/10/2012 – Informativo 507.

5) Conclusões

Um próximo passo possível, necessário e esperado, fundado na autonomia, é reconhecer presente no ordenamento jurídico nacional, ainda que de modo implícito, a legitimidade ativa do PGJ, chefe do *parquet* estadual, para inaugurar o controle concentrado em abstrato de constitucionalidade perante o STF para combater lei ou ato normativo que afronte a Constituição da República, desde que demonstre interesse local/regional a evidenciar a chamada pertinência temática.

Atualmente, se há, por exemplo, uma lei estadual que fere ao mesmo tempo a Constituição Estadual e a Constituição da República, o PGJ possui legitimidade ativa para inaugurar o controle de constitucionalidade concentrado em abstrato perante o TJ local tendo como paradigma a Constituição do Estado, mas não pode fazê-lo perante o STF, tendo como paradigma a Constituição da República.

Esta situação gera dois inconvenientes. O primeiro é a possibilidade de não esgotamento do tema através da possibilidade de ser manejado o Recurso Extraordinário. O segundo é a necessidade de representar ao PGR ou à CONAMP, neste último caso apenas quando envolva interesse de seus associados, para que um dos dois legitimados, sendo o primeiro universal e o segundo não, decida por sua própria vontade se vai ou não levar a questão adiante através da competente ação para controle de constitucionalidade (ADI, ADC, ADPF, ADI por Omissão).

O que se vislumbra na hipótese é uma espécie de hierarquização que limita a defesa da Constituição brasileira contra os ataques que sofra país afora. Na sua independência funcional, pode o PGR deixar de ingressar com a ação cujo pleito foi efetivado pelo PGJ de um determinado estado.

Quando o PGR era o único legitimado para a ADI (EC 16/65), até se poderia entender, mas, depois da CRFB/88, tal limitação de modo a excluir o PGJ não se justifica. Sobre o tema :

> "(...) Foi no tocante à legitimação ativa para a propositura de ação direta de inconstitucionalidade que se operou a maior transformação no exercício da jurisdição constitucional no Brasil. Desde a criação da ação genérica, em 1965, até a Constituição de 1988, a deflagração do controle abstrato e concentrado de constitucionalidade era privativa do Procurador-Geral da República. Mais que isso, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido da plena discricionariedade do chefe do Ministério Público Federal no juízo acerca da propositura ou não da ação, sem embargo de posições doutrinárias importantes em sentido diverso. Desse modo, era ele o árbitro exclusivo e final acerca da submissão ou não da discussão constitucional ao STF. Registre-se, por relevante, que o Procurador-Geral

da República ocupava cargo de confiança do Presidente da República, do qual era exonerável *ad nutum*. Assim sendo, o controle de constitucionalidade por via de representação ficava confinado às hipóteses que não trouxessem maior embaraço ao Poder Executivo." (**BARROSO, Luís Roberto, O controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro, Editora Saraiva, 2011, 5ª edição, pg.182**)

No estado brasileiro, além dos Poderes, também é incumbência do MP defender a Constituição na forma estabelecida pela função institucional prevista no artigo 129, IV da Carta da República reproduzida nas leis orgânicas correspondentes. Obviamente que ao Poder Judiciário, não poderia ser deferida a atribuição de propor qualquer ação para realizar o controle de constitucionalidade, pois é o próprio órgão que vai julgá-las seja no controle difuso ou no modo concentrado. Quanto aos demais, tanto o Executivo quanto o Legislativo foram contemplados. Aos governadores dos estados e do DF assim como às Assembleias Legislativas ou Câmara Legislativa do DF foi deferida a possibilidade de ingressar diretamente no STF demonstrando a pertinência temática configurada no interesse regional violado por determinado ato normativo que afronta a Constituição da República. Nesse cenário, porque deixar de fora os PGJ´S dos MPE´S e permitir apenas ao PGR a legitimidade ativa?

Não há motivo para a exclusão. Aliás, ela não existe. Está implicitamente presente no art. 103, VI da CRFB/88 que ao se referir ao PGR na verdade tinha a intenção de indicar os Procuradores-Gerais que nos estados possuem outra nomenclatura. Essa a única interpretação viável. Inclusive, este caminho foi usado por muito tempo para legitimar como autores no controle concentrado de constitucionalidade tanto o Governador quanto a Câmara Legislativa do DF, esquecidos na versão original da Constituição brasileira de 1988 cuja correção ou explicitação só se deu por via da EC 45/2004, mesmo que antes deste esclarecimento, já estivesse reconhecida a referida legitimidade.

> "(...) Com a Constituição de 1988, no entanto, foi suprimido o monopólio até então desfrutado pelo Procurador-Geral da República, com a ampliação expressiva do elenco de legitimados ativos para a propositura da ação direta, enunciados nos nove incisos do art. 103. (...) 17. CF: "Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV - a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) VI - o

> Procurador-Geral da República; VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional." A redação do dispositivo foi alterada pela EC n. 45/2004, que apenas explicitou a legitimidade do Governador e da Mesa da Câmara Legislativa do Distrito Federal. A redação anterior somente fazia referência às autoridades dos Estados-membros, mas a jurisprudência do STF e, posteriormente, a Lei n. 9.868/99 já haviam feito a equiparação, atentando para a lógica do sistema constitucional. Na jurisprudência do STF, v. STF, DJU, 21 fev. 1992, ADInMC 645-DF, rel. Min. Ilmar Galvão." (BARROSO, Luís Roberto, O controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro, Editora Saraiva, 2011, 5ª edição, pg.183)

De qualquer forma, não há lógica em vedar ao PGJ do MPE a referida atuação ainda mais porque se admite sua presença como *AMICUS CURIAE*, o que de qualquer forma o leva a participar do julgamento perante o STF. Neste sentido:

> ADI 4203 / RJ - RIO DE JANEIRO Relator(a): Min. MENEZES DIREITO Julgamento: 18/05/2009
>
> REQTE. (S): ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO - CONAMP
>
> ADV.(A/S): ARISTIDES JUNQUEIRA ALVARENGA E OUTRO(A/S)
>
> REQDO. (A/S): ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
>
> INTDO. (A/S): MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
>
> (...)
>
> O Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro requereu o ingresso no feito na qualidade de *amicus curiae*, pugnando pela procedência da ação direta.
>
> (...)
>
> Admito o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro como *amicus curiae*.
>
> Reautue-se. Publique-se.
>
> Brasília, 18 de maio de 2009. Ministro MENEZES DIREITO - Relator

Nem se diga que o controle de constitucionalidade concentrado no âmbito estadual estará enfraquecido, pois, permanecerá útil no controle de atos municipais violadores da Constituição Estadual, eis que quando a violação decorre de ato normativo estadual já se esvazia naturalmente sua ocorrência do Tribunal local/regional pela possibilidade de levar o debate diretamente ao STF.

Portanto, inexistindo hierarquia entre MPU x MPE, todos autônomos entre si e, estando plenamente justificada a missão dos Ministérios Públicos Estaduais através dos respectivos PGJ's no sentido de defenderem a Constituição da República contra as violações perpetradas no âmbito local/regional pelos atos normativos produzidos por lá ou mesmo em relação àqueles que tenham repercussão que os alcance, evidente que sua legitimidade ativa para pleitear diretamente perante o STF a declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade das leis e atos normativos violadores da Constituição da República há de ser reconhecida de imediato, independentemente de qualquer alteração no art. 103, VI da CRFB/88 que obviamente, pode ser feita com a finalidade de explicitar algo que já está lá, exatamente como aconteceu com o Governador e com a Câmara Legislativa do Distrito Federal.

6) Bibliografia

AIETA, Vânia Siciliano. *Mandato Eletivo*. Estudos em Homenagem ao Prof. Siqueira Castro. Tomo III. Lumen Juris, 2006.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais* - O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Editora Renovar. Ano 2002.

_____ *Ponderação, racionalidade e Atividade Jurisdicional*. Editora Renovar. 2005.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. Editora Saraiva, 3ª edição.

_____ *A Reconstrução Democrática do Direito Público no Brasil*. Editora Renovar, 2007.

_____ *O Novo Direito Constitucional Brasileiro*. Editora Fórum. 2013.

_____ *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. Editora Saraiva. 5ª edição, 2011.

BINENBOJM, Gustavo. *A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira - Legitimidade Democrática e Instrumento de Realização*. Editora Renovar. Rio de Janeiro - São Paulo, 2001.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. Editora Malheiros, 4ª edição, 2003.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *A Constituição Aberta e os Direitos Fundamentais*. Ed.Forense. Ano 2003.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *O Ministério Público no Processo Civil e Penal*. Editora Forense. 6ª edição, 2001.

GARCIA, Emerson. *Ministério Público - Organização, Atribuições e Regime Jurídico*. 3ª edição. Lúmen Júris. Rio de Janeiro, 2008.

GODINHO, Robson Renault. *A Proteção Processual dos Direitos dos Idosos.* Lúmen Júris, 2007.

JATAHY, Carlos R. de Castro. *Curso de Princípios Institucionais do Ministério Público.* 4ª ed. L.Juris. RJ, 2009.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *Regime Jurídico do Ministério Público.* Saraiva. 7ª edição, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais.* Editora Brasília Jurídica. 1ª ed, Ano 2002.

_____*Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade.* Saraiva. 3ª edição. 2004.

NETO, Cláudio Pereira de Souza; BERCOVICI, Gilberto; FILHO, José Filomeno de Moraes;

LIMA, Martonio Mont'Alverne B. *Teoria da Constituição* – Estudos sobre o Lugar da Política no Direito Constitucional. Editora Lumen Juris, Ano 2003.

_____ *Teoria Constitucional e Democracia Deliberativa.* Renovar. 2006.

PENÃ, Guilherme. *Direito Constitucional. Teoria da Constituição.* Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro. 2003.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais.* Renovar, 2006.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional.* Ed. Max Limonad. 4ª edição.

RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça.* São Paulo: Martins Fontes, 1997.

SARLET, Ingo W., *A Eficácia dos Direitos Fundamentais,* 3ª ed., Ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre 2003.

_____ *Direitos Fundamentais Sociais*: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado. Editora Renovar. Rio de Janeiro – São Paulo, 2003.

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas.* Editora Lumen Juris, Ano 2004.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica,* Ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2002.

TORRES, Ricardo Lobo. *Teoria dos Direitos Fundamentais.* Renovar, 1999.

MONOGRAFIA

BREVES APONTAMENTOS SOBRE O PL 7.169/14 DA CÂMARA DOS DEPUTADOS E A SISTEMATIZAÇÃO DA MEDIAÇÃO NO ORDENAMENTO BRASILEIRO

Bruno de Sá Barcelos Cavaco*

PALAVRAS-CHAVE: MEDIAÇÃO; APONTAMENTOS; PL 7.169/14; PROCESSO; CIVIL.

EMENTA: O texto procura fazer uma análise das disposições comuns relativas à mediação judicial e extrajudicial constantes do PL 7169. Adverte-se que a sistematização da mediação no ordenamento pátrio deve estar calcada na alteração de paradigma, passando-se da cultura de sentença para a cultura de pacificação. E, de igual modo, preordenada a se conferir influxos democráticos a tal método consensual de solução de conflitos, evitando-se que a mediação encerre mais um fator na busca desenfreada por uma eficiência quantitativa e artificial na Justiça Brasileira.

ABSTRACT: This paper aims at analyzing the common provisions related to the judicial and extrajudicial mediation provided for in Bill 7169/14. It warns that the systematization of the mediation in the national legal system should be based on a change of paradigm, moving from a culture of judgment to a culture of pacification. Similarly, it should be foreordained to assign democratic inputs to such consensual method of resolution of conflicts, preventing the mediation to become one more factor in the frantic search for a quantitative and artificial efficiency in the Brazilian Justice.

1 Introdução

Neste ano de 2014, o Substitutivo ao PLS 517 apresentado pelo Senador Vital do Rêgo, convertido em PL 7169/14 na Câmara dos Deputados, sob a Relatoria do Deputado Federal Sergio Zveiter, parece dar contornos definitivos à tentativa de sistematização legal do instituto da mediação no direito pátrio.

Antes de mais nada, mister grifar que a eventual conversão de tal projeto em lei não pode ser recebida pela comunidade jurídica como mais um elemento a compor um cenário artificial caracterizado por uma busca desenfreada pela eficiência[1] judicial meramente quantitativa, no qual sobrelevam frenéticas

* Mestrando em Direito Processual pela Uerj. Promotor de Justiça no Estado do Rio de Janeiro.

[1] Conforme anotam STRECK, DE OLIVEIRA e TRINDADE, *"Com efeito, fica cada vez mais evidente o crescimento, no campo do Direito, de posturas pragmaticistas, que defendem a solução de problemas jurídicos de forma desvinculada de qualquer padrão de racionalidade (seja ela imanente ou transcendente). Para tais posturas, o importante é que o problema seja resolvido de uma maneira rápida e 'eficaz', independentemente dos critérios utilizados para se chegar à sua solução. Quando muito, esses setores do pensamento jurídico*

tentativas de desobstrução dos canais jurisdicionais[2].

A esperada e necessária sistematização do instituto da mediação deve alavancar todas as potencialidades de tal método alternativo (*rectius*: adequado[3]) de solução de conflitos, não podendo traduzir números vazios que se apartam de uma visão democrática e garantística do processo, em conformidade com o projeto constitucional.

Como bem ensina o mestre italiano TARUFFO, **processo é cultura**[4][5] e, nesta fina sintonia, propugna-se que eventual lei a ser aprovada a partir do Substitutivo ao PL 7169/14 possa iniciar uma verdadeira transformação em corações e mentes dos litigantes e seus patronos.

Ou seja, a verdadeira transposição de uma cultura eminentemente adversarial para um acesso à justiça direcionado à busca da paz social, permeado pelo incremento da intervenção dos cidadãos na busca de soluções a serem obtidas mediante o diálogo e o consenso.

Nessa toada, segundo SPENGLER[6] *"a mediação pode organizar as relações sociais, auxiliando os litigantes a encarar os problemas com autonomia, possibilitando o entendimento mútuo e o consenso, com isto reduzindo a dependência de um terceiro (juiz)".*

---

admitem um critério de ordem econômica (mercado), que, no mais das vezes, atende a uma lógica de 'custos e benefícios'". In STRECK, Lenio Luiz; DE OLIVEIRA, Rafael Tomaz; TRINDADE, André Karam. *O "cartesianismo processual" em* terrae brasilis*: A Filosofia e o Processo em Tempos de Protagonismo Judicial.* Novos Estudos Jurídicos, v. 18, n. 1, p. 5-22, 2013.

[2] Em arguta observação, TARUFFO acentua que *"la razón de esta intervención del legislador está en la crisis profunda que caracteriza el funcionamento de la justicia civil pública y em la incapacidad del mismo legislador para ponerle remedio. Em estas situaciones, la predilección del legislador por los métodos ADR no está motivada por particulares razones culturales (aunque las: dado que la justicia del Estado no funciona, el legislador trata de desviar la mayor cantidad posible ideologias neoprivatistas influyen em las directrices legislativas) sino em uma razón práctica simple y dramática de contoversias hacia afura de lós canales jurisdiccionales, com el fin de reducir la carga laboral de los jueces y de permitir a las partes encontrar alguna solución a sus problemas. En essencia, el legislador envía a los ciudadanos um mensaje de este tipo: dado que el Estado no está em capacidad de ofrecer una tutela jurisdiccionl efeiciente para sus derechos, diríjanse a outro sitio – a la conciliación o al arbitraje – para resolver sus controvérsias".* In: TARUFFO, Michele. *Paginas sobre Justicia Civil.* Ed. Marcial Pons, Madrid, 2009.

[3] Segundo PINHO, Nuria Belosso Martín chama atenção para a mudança terminológica que já se verifica no direito espanhol. Inicialmente as práticas autocompositivas eram denominadas formas de "resolução alternativa" de conflitos. Com o tempo, passou-se a adotar a expressão "resolução complementar" e, atualmente, utiliza-se a fórmula "resolução adequada". MARTÍN, Nuria Belosso. *A mediação: A melhor osta ao conflito?,* in SPENGLER, Fabiana Marion. LUCAS, Douglas Cesar. (org.): *Justiça Restaurativa e Mediação: polícias públicas no tratamento de conflitos sociais,* Ijuí: Unijuí, 2011, p. 321. *apud* PINHO, Humberto Dalla Bernardina de Pinho. *A Mediação e o Código de Processo Civil Projetado, in* Revista de Processo, ano 37, vol. 207, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 213-238.

[4] TARUFFO, Michele. Cultura e Processo. In: Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, ano LXIII, n. 1, Marzo 2009. Segundo TARUFFO *"un modello processuale – e cio vale per tutti i modelli di processo – nasce dunque dalla combinazione di scelte ideologiche e di strumentazioni tecniche".*

[5] O ganhador do Nobel de Literatura Mario Vargas Llosa em seu recente ensaio *"A Civilização do Espetáculo" afirma que a "cultura antecede e sustenta o conhecimento, orienta-o e confere-lhe uma funcionalidade precisa, algo assim como um desígnio moral".* In LLOSA, Mario Vergas. (Trad. Ivone Benedetti. *A civilização do espetáculo:* Uma radiografia do nosso tempo e da nossa cultura. 1ª edição. Rio de Janeiro: Objetiva, 2013.

[6] SPENGLER, Fabiana Marion. *O Tempo do Processo e o Tempo da Mediação.* In: REDP Vol. VIII, julho/dez 2011.

Feito o necessário introito, não se pode olvidar que o Projeto de Novo Código de Processo Civil, cuja aprovação pelo Congresso Nacional se avizinha[7], encerra em suas iniciais disposições normas concernentes aos métodos consensuais de resolução de conflitos.

Não por acaso a menção aos referidos métodos é minudenciada nos 3 (três) parágrafos do art. 3º, cuja cabeça ressoa em sede infraconstitucional o princípio do acesso à ordem jurídica justa, tal como encartado no art. 5º, inciso XXXV, da Carta Republicana.

Ilustrando o ora asseverado, o Projeto de Lei nº 8.046/10 estabelece em seu art. 3º, *in verbis*:

> *Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.*
>
> *§ 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei.*
>
> *§ 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.*
>
> *§ 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por magistrados, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.*

A técnica legislativa em apreço parece, pois, ir ao encontro da necessária ruptura do paradigma atual, delineando os institutos da arbitragem, conciliação, mediação e outros métodos congêneres como legítimos instrumentos concretizadores do vetor constitucional do acesso à ordem jurídica justa.

Nesse diapasão, bem assinala WATANABE[8] que *"os meios alternativos de resolução de controvérsias devem ser estudados e organizados não como solução para a crise de morosidade da Justiça, como uma forma de reduzir a quantidade de processos acumulados no Judiciário, e sim como método para se dar tratamento mais adequado aos conflitos de interesses que ocorrem na sociedade. A redução dos processos será uma resultante necessária do êxito de sua adoção, mas não seu escopo primordial."*

Prossegue o eminente Professor[9] ao pontificar que *"para a solução de muitos desses conflitos – e sobre isto não se tem mais dúvida atualmente, pela sua natureza e especificidade –, é muito mais adequado um meio alternativo, em especial a conciliação ou a mediação, do que uma sentença do juiz. Nas chamadas relações jurídicas continuativas,*

[7] O Projeto de Lei nº 8.046/2010 teve sua redação final aprovada pela Câmara dos Deputados no último dia 25 de março de 2014 e hoje aguarda retorno do Senado Federal. Tramitação legislativa disponível em http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490267. Consulta realizada em 03 de agosto de 2014.

[8] WATANABE, Kazuo. "Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses - Utilização dos Meios Alternativos de Resolução de Controvérsias". In: *40 anos da Teoria Geral do Processo no /Brasil. Passado, Presente e Futuro*. Orgs. Camilo Zufelato e Flávio Luiz Yarshell. Malheiros Editores, 2013.

[9] Idem, p. 558.

que têm duração no tempo, em que as partes estão em contato permanente, a solução do conflito deve ser promovida com a preservação da relação existente entre as partes, pondo-se em prática a chamada 'justiça coexistencial', com a pacificação das partes – o que a solução sentencial dificilmente terá condições de promover".

Em outras palavras, exsurge como **inarredável a conclusão de que a solução adjudicada por muitas das vezes não se afigura como a mais adequada para a justacomposição do litígio.**

O multicitado mestre peninsular, ao dissecar os principais caracteres das ADRs (Alternative Dispute Resolution)[10], bem assinala que *"las técnicas de ADR representan una especie de justicia coexistencial que se prefiere a las formas de la justicia conflictual típica del processo. Aquélla, em efecto, tendría la ventaja de superar conflicto em lugar de profundizarlo, como sucede a menudo em lós procesos, y tendría la ventaja adicional de hacer justiciables controversias que de outra manera quedarían sin solución, dado que dificilmente serían llevadas ante um juez"*[11].

No Brasil, por questões históricas, desenvolveu-se sempre a equivocada crença de que a arena para toda e qualquer resolução de conflitos deveria ser o Poder Judiciário, visão, aliás, extremamente redutora (e autoritária), pois se assenta na premissa de que a resolução de conflitos seja uma exclusividade da jurisdição.

A judicialização dos conflitos sob esse enfoque redundou, por um lado, em um estado de permanente beligerância na sociedade, impassível de per si encontrar soluções verdadeiramente pacíficas para as suas crises.

E, de outra banda, conduziu a uma quantidade avassaladora de processos instaurados perante o Poder Judiciário, o qual por uma série de fatores não consegue emprestar aos mesmos uma solução efetiva e adequada[12].

Mesmo diante de inequívoca ineficiência estrutural, **não se pode olvidar que a crise de legitimação estatal a acoimar fundamentalmente os países periféricos coloca o Judiciário em papel de proeminência, ocupando espaços contramajoritários e conferindo concretude aos direitos fundamentais não observados pelas demais instâncias políticas**[13-14].

---

[10] Segundo o autor norte-americano Robert Mnookin, *" Alternative dispute resolution (ADR) refers to a set of practices and techniques aimed at permitting the resolution of legal disputes outside the courts. It is normally thought to encompass mediation, arbitration, and a variety of "hybrid" processes by which a neutral facilitates the resolution of legal disputes without formal adjudication".* MNOOKIN, Robert. *Alternative Dispute Resolution* . Harvard Law School John M. Olin Center for Law, Economics and Business Discussion Paper Series. Paper 232. 1998.
Em tradução livre: *"As ADRs se referem a um conjunto de práticas e técnicas destinadas a permitir a resolução de litígios fora do âmbito dos Tribunais. São normalmente concebidas para abranger aos institutos da mediação, da arbitragem, além de uma variedade de processos híbridos, nos quais um terceiro neutro e imparcial facilita a resolução de litígios, sem a prolação de julgamento formal".*

[11] Idem, pp. 114/115.

[12] CÂMARA, Alexandre Freitas. "Mediação e Conciliação na Res. 125 do CNJ e no Projeto de Código de Processo Civil". In: *O Processo em Perspectiva:* Jornadas Brasileiras de Direito Processual: Homenagem a José Carlos Barbosa Moreira. Coords. Aluisio Gonçalves de Castro, Camilo Zufelato e Flávio Luiz Yarshell. Malheiros Editores, 2013.

[13] ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales.* Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

[14] MAUS, Ingeborg. *Judiciário como superego da sociedade. O papel da atividade jurisprudencial na sociedade órfã.* In: Novos Estudos, CEBRAP, nº 58, novembro de 2000.

Nesse ritmo argumentativo, são percucientes as lições de STRECK[15] ao asseverar que *"Inércias do Executivo e falta de atuação do Legislativo passam a poder – em determinadas circunstâncias – ser supridas pelo Judiciário, justamente mediante a utilização dos mecanismos jurídicos previstos na Constituição que estabeleceu o Estado Democrático de Direito. Isso, à evidência, exigirá um rigoroso controle das decisões judiciais e dos julgadores. Afinal, se é ineroxável que alguém tenha que decidir e se é inexorável o crescimento das demandas por direitos (fundamentais-sociais, principalmente) e com isso aumente o espaço de poder da justiça constitucional, parece evidente que isso não pode vir a comprometer um dos pilares sustentadores do paradigma Constitucionalista: a democracia. Assim, a assertiva de que o Estado Democrático de Direito dependeria muito mais de uma ação concreta do Judiciário do que de procedimentos legislativos e administrativos deve ser deveras relativizada.*

E prossegue o eminente autor gaúcho ao pontificar que *"o Judiciário não pode ser a solução mágica para os problemas dos fracassos e insuficiências de políticas de* welfare state. *Aliás, em determinadas circunstâncias, corre-se o risco de 'criar' cidadãos de segunda classe, que, em vez de reivindicarem seus direitos no campo da política, apostam no paternalismo jurisdiscista. Igualmente não se pode apostar em uma 'república de juízes'. Tem-se que ter em mente, entretanto, a relevante circunstância de que, se no processo constituinte se optou por um Estado intervencionista, visando a uma sociedade mais justa, com a erradicação da pobreza etc, dever-se-ia esperar que o Poder Executivo e o Legislativo cumprissem tais programas especificados na Constituição. Acontece que, em grande parte, a Constituição não está sendo cumprida. As normas-programa da Lei Maior não estão sendo implementadas. Por isso, na falta de políticas públicas cumpridoras dos ditames do Estado Democrático de Direito,* ***surge o Judiciário como instrumento para o resgate dos direitos não realizados.*** *Por isso a inexorabilidade desse 'sensível deslocamento' antes especificado".*

Registre-se, por oportuno, que a sistematização dos métodos alternativos (adequados) de resolução de conflitos[16] não pode nem deve ser encarada a partir de uma perspectiva absenteísta do Estado (neoliberalismo processual[17-18]), máxime após a assunção do paradigma democrático erigido

[15] STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito.* 10ª edição, Livraria do Advogado, 2011, p. 64.

[16] Nesse sentido, denota-se que a utilização corrente do vocábulo "alternativos" na verdade não se coaduna com a normatividade constitucional, vez que, conforme bem anota Humberto Dalla Bernardina de Pinho, *"mas, não custa lembrar, apenas a jurisdição é monopólio do Estado e não a solução dos conflitos"*. Cf. PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *A mediação no direito brasileiro*: evolução, atualidades e possibilidades no projeto do novo código de processo civil. In. JAYME, Fernando Gonzaga. FARIA, Juliana Cordeiro de. LAUAR. Maira Terra (orgs). *Processo Civil: Novas Tendências em homenagem ao Ministro Sálvio Figueiredo Teixeira,* Editora Del Rey: Belo Horizonte, 2011.

[17] NUNES, Dierle. "Uma Breve Provocação aos Processualistas: O Processualismo Constitucional Democrático". In: *40 anos da Teoria Geral do Processo no Brasil. Passado, Presente e Futuro.* Orgs. Camilo Zufelato e Flávio Luiz Yarshell. Malheiros Editores, 2013.

[18] Em preciso diagnóstico, MOTTA e HOMMERDING assentam que *"O interessante, aqui, é perceber que o neoliberalismo processual apropriou-se do discurso socializante da jurisdição (fundamentalmente, do argumento do acesso à justiça) para desnaturá-lo; permite-se a produção de decisões em larga escala, na lógica da produtividade, sem, contudo, uma preocupação real com a aplicação social do Direito ou com a produção de respostas constitucionalmente adequadas. O papel judicial aumenta, mas sem uma estrutura institucional que o permita o exercício socializador da atividade decisória (afinal, cobra-se do juiz, sobretudo, produtividade – art. 93, II, c, da CRFB/88); além disso, o papel técnico, institucional e problematizante do processo fica relegado a um*

pela Carta Republicana de 1988.

No sentido do que ora se assevera, ao analisar as reformas processuais então empreendidas no velho continente, TARUFFO[19] já advertia que *"estos aspectos terminan luego entrelazados, especialmente em lós años recientes, com las diversas ideologias neoprivatistas que se van difundiendo em distintas partes da Europa (no em Estados Unidos, donde desde hace tiempo tienen um papel dominante). En lo que tiene que ver com la resolución de las controvérsias, estas ideologias influyen en el sentido de alimentar e incrementar el desprecio y la desconfianza hacia la justicia del Estado, y por lo tanto hacia el recurso a los instrumentos jurisdiccionales, y sugieren em cambio la conveniência de servirse de los medios privados, en los que la libre autonomía de los individuos se vería garantizada sin interferências por parte de los jueces y sin costos y disfuncionalidades de la justicia pública. A veces, incluso, se estimula el recurso a distintas formas de mediación, y se presenta el arbitraje como el método ideal para resolver las controvérsias, permaneciendo en el âmbito de la autonomia y la disponibilidad privada"*.

Com efeito, na quadra histórica experimentada pelo Brasil, **os métodos "alternativos" de resolução de conflitos devem ser funcionalizados como instrumentos concretizadores de um processo democrático e garantístico.**

Essa visão, aliás, mantém-se fiel aos cânones informadores da 3ª Onda Renovatória proposta por CAPPELLETTI[20], cuja *ratio* propugnava que *"o movimento de acesso à justiça e sua terceira onda, que enfatiza a importância dos métodos alternativos de solução de litígios, reflete o núcleo mesmo dessa filosofia política; a filosofia para a qual também os pobres fazem jus à representação e informação, também os grupos, classes, categorias não organizadas devem ter acesso a remédios eficazes; enfim, uma filosofia que aceita remédios e procedimentos alternativos, na medida em que tais alternativas possam ajudar a tornar a Justiça equitativa e mais acessível"* [21].

Destarte, a iminente sistematização legal do instituto da mediação no ordenamento pátrio deve se apartar da busca por uma eficiência quantitativa e artificial da Justiça[22], fomentada pelo modelo neoliberal, contribuindo, pois, para a efetivação de um acesso à justiça verdadeiramente democrático, inspirado pela tessitura constitucional[23].

segundo plano". In MOITA, Francisco José Borges; HOMMERDING, Adalberto Narciso. O QUE É UM MODELO DEMOCRÁTICO DE PROCESSO? Disponível em www.amprs.org.br/arquivos/revista_artigo/arquivo_1383852047.pdf. Consulta em 12 de agosto de 2014.

[19] Ibidem, p. 115.

[20] CAPPELLETI, Mauro. GARTH, Bryant. *Access to Justice: The Worldwide Movement do Make Rights Effective – A General Report. Access to Justice. A World Survey*. Mauro Cappelletti and Bryant Garth, eds. (Milan: Dott. A. Giuffrè Editore, 1978).

[21] CAPPELLETTI, Mauro (sem indicação de tradutor). *Os Métodos Alternativos de Solução de Conflitos no Quadro do Movimento Universal de Acesso à Justiça*, In Revista de Processo, vol. 74. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

[22] Fabiana Marion Spengler bem observa que: *"os conflitos sociais que chegam ao Judiciário precisam deixar de ser analisados como meras abstrações jurídicas, olhando-se para os protagonistas dos processos judiciais como pessoas com rostos e histórias que requerem respostas qualitativas e céleres para suas demandas"*. In: Retalhos de Mediação.

[23] NUNES, Dierle. "Uma Breve Provocação aos Processualistas: O Processualismo Constitucional Democrático". In: *40 anos da Teoria Geral do Processo no Brasil; Passado, Presente e Futuro*. Orgs. Camilo

2 Mediação e o Novo Código de Processo Civil

Antes de se passar à análise da polêmica questão quanto à obrigatoriedade da mediação, bem como a uma breve incursão comparativa com o direito alienígena, revela-se mister tecer breves considerações acerca de sua interface com o Projeto de Novo Código de Processo Civil (PL 8046/10), cuja aprovação pelo Congresso Nacional se aproxima.

Como já aludido linhas acima, a legislação projetada insere os métodos consensuais de resolução de conflitos em instrumentos destinados a viabilizar o acesso à ordem jurídica justa, com todas as suas potencialidades e especificidades.

O Projeto de Novo Código de Processo Civil, em inconteste opção pela consensualidade, impinge ao Estado o dever de, sempre que possível, promover a solução consensual dos conflitos.

Interessante notar, nesse particular, a clarividente advertência de ZAMORRA Y CASTILLO[24] no sentido de que *"o processo rende, com frequência, muito menos do que deveria – em função dos defeitos procedimentais, resulta muitas vezes lento e custoso, fazendo com que as partes quando possível, o abandonem"*.

A norma em apreço sintetiza e perfaz em sede infraconstitucional a necessidade de o Estado Brasileiro efetivar a denominada Política Nacional de Adequado Tratamento dos Conflitos. Nessa senda, adquire curial relevo a Resolução CNJ 125.

Sem ingressar em qualquer discussão alusiva à possibilidade de regulação primária do tema por meio de Resolução[25], fato é que o Conselho Nacional de Justiça editou a normativa em epígrafe com vistas à consolidação de uma Política Pública permanente de incentivo e aperfeiçoamento dos mecanismos consensuais de solução de conflitos (ancorada na prática de métodos autocompositivos no âmbito judicial).

Sob o viés pragmático, considerando a cultura legal-hierárquica[26] típica dos países periféricos que adotaram o sistema da *civil law* (como sói ocorrer em *terrae brasilis*), a edição da Resolução sob comento até pode mirar mediatamente o escopo de difusão acerca da funcionalidade dos novéis institutos.

Porém, decididamente, descortina a ideia anacrônica de o Estado-Juiz intervir em toda e qualquer sorte de conflito[27].

Zufelato e Flávio Luiz Yarshell. Malheiros Editores, 2013.

[24] ZAMORRA Y CASTILLO. *Processo, autocomposição e autodefensa.* Cidade do México: Ed. Universidad Autónoma Nacional de México, 1991. p. 238.

[25] Eventual usurpação da competência privativa da União para legislar sobre direito processual, em suposta violação ao art. 22, inciso I, da Constituição da República.

[26] DAMASKA, Mirjan R.. *The Faces of Justice and State Authority. A Comparative Approach to the Legal Process.* Yale University Press. New Haven and London.

[27] OST, François. *Júpiter, Hércule, Hermes: Tres Modelos de Juez.* In: DOXA, nº 14, 1993. pp. 169-194, in http: www.cervantesvirtual.com. Acesso em 30 de junho de 2014.

Sobre o tema, PINHO e PAUMGARTTEN[28] bem elucidam que *"O marcante crescimento do acesso à justiça, que evoluiu conjuntamente com a passagem da concepção liberal para a concepção social do Estado moderno, permitiu que diferentes grupos sociais buscassem meios eficazes de tutela para a solução dos seus conflitos. Tecnicamente o que se chama explosão litigiosidade, que tem muitas causas, mas que nunca foi analisada de forma mais profunda. É notório como a nossa estrutura jurídico-política foi sempre muito atenta aos remédios (portanto reformas perenes das normas), quase nunca às causas, deixando de lado análises atentas sobre a litigiosidade que cresce, que é constantemente traduzida na linguagem jurídica e que se dirige à jurisdição sob a forma irrefreável de procedimentos judiciários. Em face de tal hipertrofia, a direção da política do direito deve ser no sentido de uma jurisdição mínima, contra uma jurisdição tão onívora e ineficaz".*

Ilustrativa, nesse viés, a justificação para fins de edição da Resolução nº 125 do CNJ contida no Manual de Mediação Judicial confeccionado pelo Ministério da Justiça nos idos de 2013[29], a qual parte da inequívoca premissa de que cabe ao Judiciário a efetivação da política pública de tratamento adequado de conflitos, seja por meios hetero ou autocompositivos.

Pois bem.

O Projeto de Novo Código cuida das formas alternativas (adequadas) de solução de conflitos a partir do art. 144, espraiando-se a correlata normatização até o art. 153.

São, portanto, apenas 10 (dez) artigos, de modo que o regramento à toda evidência se apresenta como **parcimonioso**, remetendo, ainda que implicitamente, à legislação específica o exaustivo tratamento da matéria[30].

---

[28] PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. PAUMGARTTEN, Michele Pedrosa. *A experiência ítalo-brasileira no uso da mediação em resposta à crise do monopólio estatal de solução de conflitos e a garantia do acesso à justiça,* in Revista Eletrônica de Direito Processual, volume 8, disponível em http:www.redp.com.br.

[29] http://www.cnj.jus.br/images/programas/conciliacao/manual_mediacao_judicial_4ed.pdf. Acesso em 01 de julho de 2014. *"A criação de uma Resolução do Conselho Nacional de Justiça que dispõe sobre a conciliação e a mediação partiu de uma premissa de que cabe ao Judiciário estabelecer a política pública de tratamento adequado dos conflitos de interesses resolvidos no seu âmbito – seja por meios heterocompositivos, seja por meios autocompositivos. Esta orientação foi adotada, de forma a organizar, em todo território nacional, não somente os serviços prestados no curso da relação processual (atividades processuais), como também os que possam incentivar a atividade do Poder Judiciário de prevenção de demandas com as chamadas atividades pré-processuais de conciliação e mediação. A criação da Resolução 125 do CNJ foi decorrente da necessidade de se estimular, apoiar e difundir a sistematização e o aprimoramento de práticas já adotadas pelos tribunais. Desde a década de 90, houve estímulos na legislação processual à autocomposição, acompanhada na década seguinte de diversos projetos-piloto nos mais diversos campos da autocomposição: mediação civil, mediação comunitária, mediação vítima-ofensor (ou mediação penal), conciliação previdenciária, conciliação em desapropriações, entre muitos outros. Bem como práticas autocompositivas inominadas como oficinas para dependentes químicos, grupos de apoio e oficinas para prevenção de violência doméstica, oficinas de habilidades emocionais para divorciandos, oficinas de prevenção de sobreendividamento, entre outras"*, p.27.

[30] SPENGLER, Fabiana Marion. NETTO, Theobaldo Spengler. *A Mediação e a Conciliação Propostas pelo Projeto 8.046/2010 (Novo Código de Processo Civil Brasileiro – CPC) como Mecanismos Eficazes de Tratamento de Conflitos.* Texto produzido mediante pesquisa junto aos projetos: *"Multi-door courthouse system – avaliação e implementação do sistema de múltiplas portas (multiportas como instrumento para uma prestação jurisdicional de qualidade, célere e eficaz financiado pelo CAPES/CNJ* e *" Acesso à justiça, jurisdição (in)eficaz e mediação: a delimitação e a busca de outras estratégias na resolução de conflitos"*, financiado pelos recursos do Edital FAPERGS nº 02/2011 – Programa Pesquisador Gaúcho (Pqg),

Nesse particular, adquirem realce ainda mais intenso as normatividades decorrentes do PL 7169/14 e da Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça, bem como a imperiosa necessidade de se conferir uma coesão sistêmica entre eles e o regramento genérico albergado no Novo Código de Processo Civil.

A partir de tal mosaico normativo, tem-se que o PL 8.046/10 concentra seus esforços na mediação realizada no âmbito do Poder Judiciário, o que por óbvio não exclui a possibilidade de efetivação dos métodos autocompositivos em espaços externos aos Tribunais.

Aliás, o próprio art. 153 do NCPC estabelece que *"as disposições desta Seção não excluem outras formas de conciliação e mediação extrajudiciais vinculadas a órgãos institucionais ou realizadas por intermédio de profissionais independentes"*.

Não obstante, resta claro que o PL 8.046/10 pouco se esforça na construção de soluções preordenadas à desjudicialização dos conflitos, preferindo, pois, a mantença de uma equívoca e vetusta cultura adversarial[31].

Sob outro giro, questão usualmente objeto de ferrenho debate diz respeito à obrigatoriedade da mediação, a qual será vista com mais vagar no próximo tópico.

De todo modo, quer parecer que o Novo Código fez a inequívoca e salutar opção pela facultatividade da mediação, nota que permite ao referido instituto manter sua essência naturalística (cfr. art. 144, §1º, PL 8046/10).

Retomando a breve análise acerca das disposições concernentes à mediação na topografia do PL 8046/10, interessante notar que a temática sob comento resta inserida na Seção V (*"Dos Conciliadores e dos Mediadores Judiciais"*), a qual, por sua vez, se encontra disciplinada do Capítulo III do Projeto, cujo objeto versa acerca *"Dos Auxiliares da Justiça"*.

Neste ponto, a técnica legislativa empregada, com todas as vênias devidas, parece não ter sido a adequada, vez que se perdeu a oportunidade ímpar de objetivamente regular a matéria em tópico próprio, sob a epígrafe dos métodos adequados de resolução de conflitos.

Aliás, de forma preambular, o art. 3º demonstrava tal inclinação, a qual, contudo, não se confirmou, com a disciplina do tema em recorte que trata subjetivamente dos conciliadores e mediadores judiciais (Seção V, do Capítulo III, do PL 8046/10).

---

edição 2011 e pelos recursos do Edital CNPq/CAPES nº 07/2011, Processo nº 400969/2011-4.

[31] Sobre a tendência à judicialização e à institucionalização da mediação, PINHO e PAUMGARTTEN ensinam que *"No entanto, a realização da mediação na esfera intrajudicial vem deixando de ser uma mera opção oferecida às partes. A onipresença da mediação nos Tribunais e nos códigos de processo é um paradoxo, pois a mediação perde cada vez mais a sua identidade, passa a adquirir semelhança com a adjudicação, com normas de aplicação; os juízes passam a evitar o julgamento de casos e se tornam cada vez mais mediadores, cenário que se afasta do conceito tradicional da mediação como um processo primordialmente relacional. Um processo privado se instalando num ambiente público, sendo consumido por regras e por uma concepção instrumentalista que vem a servir apenas à administração da justiça"*. *In* PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; PAUMGARTTEN, Michele Pedrosa. *Os efeitos colaterais da crescente tendência à judicialização da mediação.* O processo justo e a coisa julgada: Breve análise quanto à inviabilidade de sua desconsideração, p. 184.

Dito isso, o art. 144, *caput*, do PL 8046/10 inaugura a normatização do tema estabelecendo que *"Cada Tribunal pode criar setor de conciliação e mediação ou programas destinados a estimular a autocomposição"*.

Essa opção conferida pela novel legislação processual se transforma em dever imposto aos Tribunais pelo Conselho Nacional de Justiça, na esteira das cristalinas normatividades insertas nos art. 7º, *caput* e art. 8º, *caput*, ambos da Resolução CNJ nº 125, *in verbis*:

> *Art. 7º Os Tribunais deverão criar, no prazo de 30 dias, Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos, compostos por magistrados da ativa ou aposentados e servidores, preferencialmente atuantes na área, com as seguintes atribuições, entre outras:*

> *Art. 8º Para atender aos Juízos, Juizados ou Varas com competência nas áreas cível, fazendária, previdenciária, de família ou dos Juizados Especiais Cíveis e Fazendários, os Tribunais deverão criar os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania ("Centros"), unidades do Poder Judiciário, preferencialmente, responsáveis pela realização das sessões e audiências de conciliação e mediação que estejam a cargo de conciliadores e mediadores, bem como pelo atendimento e orientação ao cidadão.*

A coesão sistêmica linhas acima aludida já se vê, pois, comprometida por disposições dissonantes acerca da mesma temática.

Por seu turno, o §1º do art. 144, do NCPC enumera os princípios informadores da conciliação e da mediação, a saber: (i) independência; (ii) neutralidade; (iii) autonomia da vontade; (iv) confidencialidade; (v) oralidade e (vi) informalidade.

Tais vetores são ressoados, de igual modo, no PL 7169/14, à exceção dos princípios da independência e da neutralidade, os quais no corpo do PL em destaque cedem lugar à imparcialidade do mediador, isonomia entre as partes, busca do consenso e boa-fé (art. 2º, do PL 7169/14).

O princípio da confidencialidade adquire proteção especial e minudenciada nos §§2º e 3º do art. 144, a qual se coaduna com a disciplina contida no PL 7169/14, em seus artigos 31 e 32.

O art. 145, do NCPC, por sua vez, adota a distinção conceitual entre os institutos da mediação e da conciliação, estabelecendo os limites de atuação do terceiro (mediador ou conciliador) como critério diferenciador.

Nesse viés, ao conciliador é facultada a possibilidade de sugerir soluções para a resolução da contenda (art. 145, §1º), ao passo que o mediador concentra suas funções em auxiliar os conflitantes a *per si* identificarem alternativas de benefício mútuo no caminho da construção do consenso (art. 145, §2º).

Conforme ensina WARAT[32], *"o mediador tem a função de ajudar as partes a reconstruírem simbolicamente a relação conflituosa"*, ou seja, o mediador possui uma função mais intensa no que pertine à aproximação das partes em conflito, calcando sua atividade em métodos mais psicológicos do que jurídicos.

No entanto, o elemento diferenciador sob comento é alvo de críticas por parcela da doutrina especializada, face à sua eventual inadequação e insuficiência.

Por todos, colhe-se o magistério de MOESSA DE SOUZA[33] ao asseverar que *"este critério é absolutamente inadequado para distinguir entre os dois métodos, por várias razões: a) não é possível ou sequer necessário controlar se houve ou não sugestão de conteúdo para o acordo por parte do terceiro que atuou junto às partes na solução do conflito – não importa efetivamente saber de quem partiu a ideia ou proposta que foi aceita pelas partes em litígio, o que importa é verificar se ela foi livremente aceita, por resolver de uma maneira satisfatória o conflito, atendendo a todos os interesses essenciais dos envolvidos; b) a formulação ou não de propostas de solução pelo terceiro é algo que pode ou não ocorrer conforme o contexto, já que o diálogo poderá fluir mais ou menos naturalmente em cada caso concreto, a depender da postura das partes, e a apresentação de possibilidades de solução pelo terceiro pode servir apenas para alimentar este diálogo, mesmo que ela seja rechaçada por todos os envolvidos, que podem passar, a partir daí, a apresentar suas próprias alternativas de solução.* ***Na redação do acordo, não existe qualquer necessidade de registrar quem foi o autor de cada item ali previsto, de modo que tal distinção se revela imprestável para qualquer distinção efetiva***".

Nessa perspectiva, a eminente autora propõe com absoluta razão que a distinção seja pautada em critérios eminentemente objetivos, vinculados à funcionalidade de cada instituto e à correlata natureza do conflito subjacente[34].

Conferindo concretude ao princípio da autonomia de vontade, o art. 146 permite que o conciliador ou o mediador possa ser escolhido pelas partes de comum acordo. E, em hipótese de discordância entre as partes, o parágrafo único do dispositivo remete à distribuição entre aqueles inscritos no registro do Tribunal.

O artigo 147, *caput*, por sua vez, em contrariedade ao comando inserto no art. 144, *caput*, desvelando a verdadeira *ratio* que inspira a norma, prevê a **necessidade** de inscrição dos mediadores e conciliadores em um registro atualizado e mantido pelo Tribunal.

Já o §1° do artigo 147 estabelece que preenchidos os requisitos mínimos estabelecidos pelo Tribunal, dentre os quais, necessariamente, a capacitação mínima, por meio de curso realizado por entidade credenciada o conciliador ou o mediador, com o certificado respectivo, requererá inscrição no registro do Tribunal.

---

[32] WARAT, Luís Alberto. *O ofício do mediador*. Vol. I. Florianópolis, Habitus, 2001.

[33] DE SOUZA, Luciane Moessa. Mediação de Conflitos e o Novo Código de Processo Civil. *Acesso à Justiça, Direitos Humanos & Mediação*, 203.

[34] Segundo a autora, *"Muito mais útil seria formular a distinção de acordo com o enfoque necessário em cada conflito. Ou seja, quando as partes têm um relacionamento entre si que lhes interessa preservar"*. Idem, Ibidem.

Os §§§ 2º, 3º e 4º se debruçam acerca dos dados referentes aos conciliadores e mediadores, cadastro no rol da lista existente no tribunal, regras equânimes para a distribuição de feitos, controle finalístico e estatístico da atividade desempenhada e publicação, ao menos anual, de uma espécie de ranking dos mediadores e conciliadores.

Nessa senda, mister a salutar advertência empreendida por PINHO[35] ao afirmar que é *"preciso que não permitamos certos exageros. Não se pode chegar ao extremo de ranquear os mediadores, baseando-se apenas em premissas numéricas. Um mediador que faz cinco acordos numa semana pode não ser tão eficiente assim. Aquele que faz apenas um pode alcançar níveis mais profundos de comprometimento e de conscientização entre as partes envolvidas. Da mesma forma, um mediador que tem um ranking de participação em 10 mediações, tendo alcançado o acordo em todas, pode não ser tão eficiente assim. É possível que tenha enfrentado casos em que as partes já tivessem uma pré-disposição ao acordo ou mesmo que o 'nó a ser desatado não estivesse tão apertado'. Nos preocupa muito a ideia do apego às estatísticas e a busca frenética de resultados rápidos. Esses conceitos são absolutamente incompatíveis com a mediação"*.

Como visto (e já grifado alhures), o apego descomprometido aos números afigura-se em constatação sintomática de um novo e ineficiente sistema que preconiza tão somente a redução a qualquer custo da avalanche de processos que timbra o cotidiano judiciário.

Nas palavras de SPENGLER[36], *"aferir números e usá-los para avaliar a mediação e a conciliação bem como os profissionais que desenvolvem esse trabalho é cair na vala comum, na qual se encontra a quantidade sobrepondo-se à qualidade"*.

Por fim, o art. 147, §5º[37] traz a reboque didática norma, a qual, a par de encerrar certa polêmica porquanto a restrição imposta aos advogados, colore de eticidade o exercício das funções de mediador e conciliador, além de caminhar para a consolidação da figura do mediador profissional.

As demais disposições normativas, fiéis à topografia em que se encontram inseridas, preveem as hipóteses de exclusão (art. 148), impedimento (arts. 149 e 151), impossibilidade temporária para o exercício da função (art. 151) e remuneração (art. 152) dos conciliadores e mediadores.

3 Obrigatoriedade da Mediação e Acesso à Ordem Jurídica Justa

Adentrando à palpitante questão acerca da obrigatoriedade da mediação, inicia-se a correlata contextualização fazendo-se menção à acertada escolha empreendida pelo PL 7169/14 ao assentar a correlata facultatividade do instituto.

O art. 2º, §1º estabelece, pois, que *"ninguém será obrigado a submeter-se a procedimento de mediação* [38]".

---

[35] PINHO, Humberto Dalla Bernardino de. *O novo CPC e a mediação*. Revista de Informação Legislativa, Brasília , v.48, n.190, p. 219-235, t. 1, abr./jun. 2011. p. 228.

[36] Idem, Ibidem.

[37] *"Os conciliadores e mediadores cadastrados na forma do* caput, *se inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil, estão impedidos de exercer a advocacia nos limites da competência do respectivo tribunal e de integrar escritório de advocacia que o faça"*.

[38] http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra. Acesso em 30 de junho de 2014.

Mesmo no parágrafo seguinte (art. 2º, §2º - *Na hipótese de existir previsão contratual de cláusula de mediação, as partes deverão comparecer à primeira reunião de mediação*[39]), **não se afasta a natureza facultativa do instituto**, pois se remete à opção exercida em momento prévio, quando da consecução do negócio jurídico, cujas repercussões quanto ao seu modo de formação, execução e extinção podem ser direcionadas à mediação.

Com efeito, o PL 7169/14 respeita e preserva a natureza voluntária do instituto da mediação, caracterizada em sua gênese pela espontaneidade e extrajudicialidade. De se louvar, portanto, a opção legislativa em exame, vez que encerra, ainda que timidamente, certo avanço no rompimento do paradigma demandista, nota típica dos países (especialmente os periféricos) que adotaram o sistema da *civil law*[40].

Opção diversa, na esteira do aduzido nestas singelas linhas, representa verdadeira subversão do instituto da mediação, servindo apenas para a criação artificial de estatísticas que sabidamente se afastam da noção do denominado *processo justo*[41].

Nesse passo, importante notar que o conceito de acesso à justiça há muito não é encarado apenas sob o aspecto formal, de modo que a normatividade do vetor constitucional do devido processo legal (art. 5º, LIV e LV, CR/88) confere valorosa substância ao princípio sob comento, dando origem ao que hodiernamente se denomina *acesso à ordem jurídica justa* - **ideia que traz a reboque a salutar desjudicialização dos conflitos, com a proeminência dos meios coexistenciais de solução de conflitos**[42].

A partir de tal moldura, assentando a inequívoca constitucionalização dos direitos e do processo (com a assunção do paradigma do Estado Democrático de Direito pela Carta Republicana de 1988), resta absolutamente despropositado se impor a figura da mediação às partes conflitantes, seja em etapa pré-processual ou incidental do processo.

Conforme descrevem PINHO e PAUMGARTTEN[43], com a sua habitual lucidez, "*transformá-la numa etapa obrigatória seja no momento pré-processual ou*

---

[39] http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra. Acesso em 30 de junho de 2014. No corpo do voto do Relator do PL 7169/14 na Câmara dos Deputados, Dep. Federal Sérgio Zveiter, esclarece-se que "*a cláusula de mediação inserida no §2, do artigo 2º, estabelece a obrigatoriedade de se tentar mediar um conflito antes de levá-lo ao Poder Judiciário. Note-se que o que se estabelece é a obrigatoriedade de comparecimento à primeira reunião, ocasião na qual a parte será informada sobre o que é a mediação e de que forma ela se desenvolve. Ninguém será obrigado a, efetivamente, chegar a um acordo. A obrigatoriedade de comparecimento à primeira reunião de mediação é prática muito bem sucedida em diversos países.*

[40] CHASE, Oscar G. Law, *Culture, and Ritual: Disputing Systems in Cultural Context*. New York University Press, 2005.

[41] COMOGLIO, Luigi Paolo. *Garanzie costituzionali e 'giusto processo' (modelli a confronto)*, in Revista de Processo, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 23, abril-junho de 1998, nº 90, p. 95-150. Examinando o tema também sob o viés do ordenamento pátrio: GRECO, Leonardo. *Garantias fundamentais do processo:* o processo justo. Novos estudos jurídicos, v. 7, n. 14, 2008.

[42] OLIVEIRA. Daniela Olímpio de. *Uma Releitura do Princípio do Acesso à Justiça e a ideia da Desjudicialização*. Revista Eletrônica de Direito Processual - REDP, Ano 7, v. XI, p. 67-98, jan./jun.2013.

[43] PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; PAUMGARTTEN, Michele Pedrosa. *A institucionalização da mediação é a Panacea para o acesso à justiça?* http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=0fd4b8a8354a77a3. Acesso em 31 de julho de 2014.

incidental tem a finalidade de servir a propósitos meramente estatísticos, e que estão longe de atender às necessidades do cidadão. Mediar não se resume a silenciar o outro interessado no acordo ou fazer com o que conflito vá embora. Isso não permite o retorno ao status quo *anterior à origem do conflito. A razão da mediação passa a ser o fim da controvérsia, a pacificação ao invés da paz, colocando-se de lado a lógica relacional que lhe é basilar".*

A mediação obrigatória, portanto, fere de morte a natureza do instituto em todas as suas potencialidades, espraiando sua aplicação para hipóteses cujas soluções claramente não perpassam pela aplicação da mediação[44] (por exemplo, relações instantâneas que tenham a patrimonialidade como única nota característica).

A utilização da mediação, portanto, face suas características essenciais, deve ser dimensionada a partir de critérios utilitaristas e funcionais, afastando sua incidência em hipóteses que demandem soluções adjudicadas ou heterocompositivas.

Não é demais rememorar que é a lógica relacional que dá o tom da mediação, de modo que as próprias partes, se despindo de máscaras em um espaço propício à autocomposição, caminhem conjuntamente à construção dialética do consenso.

Deitando raízes na clássica conceituação proposta por FULLER[45], PINHO[46] bem assevera que a mediação tenciona *"o desmanche do conflito, através de uma prática discursiva, do diálogo e não da força coercitiva, segundo a ideia reguladora da possibilidade do consenso, cuja legitimidade do resultado encontra suas bases no próprio processo comunicativo que lhe originou".*

Como visto, a mediação possui premissas ontologicamente distintas àquelas que pautam e permeiam a cultura adversarial[47], de modo que sua imposição, além de guardar resquícios de inconstitucionalidade (violação ao acesso à ordem jurídica justa), tenciona tão somente eliminar de forma sorrateira as infindáveis pilhas de processos das congestionadas prateleiras dos Tribunais.

Isso não significa que a prática mediativa não possa ser incentivada e fomentada pelo Judiciário.

Bem ao revés!

---

[44] Além dos conflitos em matéria de família, CAPPELLETTI ensina que *"outros campos em que a justiça conciliatória tem potencial para constituir uma escolha 'melhor' abrangem: conflitos de vizinhança, e mais genericamente conflitos entre pessoas que vivem naquilo a que os sociólogos chamam 'instituições totais', isto é, em instituições como escolas, escritórios, hospitais, bairros urbanos, aldeias, onde as pessoas são forçadas a viver em contacto diário com vizinhos, colegas, etc., entre os quais pode haver queixas de muitas espécies".* CAPPELLETTI, Mauro (sem indicação de tradutor), op. cit. p. 91.

[45] *The mediation has the capacity to reorient the parties towards each other, not by imposing rules on them, but by helping them to achieve a new and shared perception of their relationship, a perception that will redirect their attitudes and dispositions toward one another.* FULLER, Lon. *Mediation. Its forms and Functions.* CAL. L. REV. vol. 305, 1971.

[46] PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Os Efeitos Colaterais da Crescente Tendência à Judicialização da Mediação.* Revista Eletrônica de Direito Processual - REDP, Ano 7, v. XI, p. 184-216, jan./jun.2013.

[47] Por todos, RESTA, Eligio. Trad. Sandra Vial. *O Direito Fraterno.* Santa Cruz do Sul, EDUNISC, 2004.

Conferindo atualidade ao mandamento inscrito no artigo 125, do Código Buzaid ainda vigente, bem como informado pelo vetor constitucional do contraditório participativo, o magistrado deve exercer autêntica gestão do processo, com vistas a se propiciar o efetivo diálogo entre as partes conflitantes e, ao final, tutelar adequada e tempestivamente o bem jurídico versado nos autos.

Essa noção é revigorada pelo artigo 118 do NCPC, o qual amplia e oxigena os poderes do juiz na direção do processo, merecendo destaque, nesse particular, o inciso V[48] de tal dispositivo, vez que traz em sua normatividade a salutar possibilidade de flexibilização procedimental direcionada à efetividade da tutela do bem jurídico discutido no bojo da dialeticidade processual.

A gestão ou gerenciamento do processo encontra minudenciados e exitosos exemplos na *common law,* máxime na figura do *case management* introduzido pela experiência norte-americana, bem como na incorporação do referido instituto pelo Direito Inglês a partir das *Civil Procedure Rules* (CPR) de 1998.

Nos Estados Unidos da América, com a edição do *Civil Justice Reform Act* de 1990[49], o instituto do *case management* encontrou previsão vanguardista, consentânea a um ativismo judicial à época ainda pouco comum no direito anglo-saxão[50].

Por sua vez, o Código de Processo Civil Inglês, em sua Regra 1.4[51], estabelece medidas ativas afetas ao gerenciamento dos processos pela Corte, destacando-se entre elas o fomento à utilização dos métodos consensuais de resolução de conflitos.

Destaque-se, por oportuno, conforme se extrai da norma processual britânica em exame, que o incentivo às práticas "alternativas" perpassa por uma prévia e efetiva análise da causa pelo Tribunal (ainda que de forma preliminar), de modo que as partes somente serão admoestadas a iniciarem tratativas tendentes ao estabelecimento de algum método "alternativo" de solução de conflitos, caso este se revele apropriado e facilitador ao desmanche da contenda.

A reboque das considerações alinhavadas, comunga-se, pois, do entendimento externado por PINHO[52] no sentido de que não se pode concordar com a ideia de uma mediação obrigatória, face à voluntariedade essencial de tal procedimento, realçando que tal característica não pode ser jamais comprometida, mesmo que sob o falacioso argumento de que se trata de uma forma de educar o povo e implementar uma nova forma de política pública.

---

[48] Art. 118. O Juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: (...) V – dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova adequando-os às necessidades do conflito, de modo a conferir maior efetividade à tutela do bem jurídico.

[49] http://www.uscourts.gov/Statistics/civilJusticeReformActReport.aspx. Acesso em 04 de agosto de 2014.

[50] FISS, Owen (trad. Carlos Alberto de Salles). *Um novo Processo Civil. Estudos norte-americanos sobre Jurisdição, Constituição e sociedade.* São Paulo: Editora, Revista dos Tribunais, 2004.

[51] http://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules/part01. Acesso em 04 de agosto de 2014. *"(1) The court must further the overriding objective by actively managing cases. (2) Active case management includes – (e) encouraging the parties to use an alternative dispute resolution (GL) procedure if the court considers that appropriate and facilitating the use of such procedure".*

[52] PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Mediação Judicial no Brasil:* Histórico e Perspectivas.

O diferencial da mediação, pois, é a possibilidade da reconstrução de canais de diálogo e comunicação perdidos ao longo do conflito (não apenas das partes, mas do próprio corpo social em que estão inseridas), o que, por óbvio, não se coaduna com qualquer tentativa de imposição ou obrigatoriedade.

E, sob outro viés, tem-se que a obrigatoriedade da mediação se insere em um cenário de pacificação social artificial (faceta de uma sociedade com déficit democrático), calcada em premissas equivocadas e estatísticas apartadas dos sujeitos processuais, presumidamente, ao menos para o Poder Judiciário, incapazes de atingirem per si a resolução de seus próprios conflitos.

4 Breve Retrato da Mediação no Direito Alienígena

Sobre o tema, no recorte europeu, a resolução consensual de conflitos passou a ser amplamente debatida face ao quadro de incremento da litigiosidade em todo o velho continente.

Nesse cenário, com a edição da Diretiva 52/08 do Conselho da Comunidade Europeia, a questão adquiriu relevância transnacional, vez que instou os respectivos Estados-membros a editarem normas internas acerca dos métodos consensuais de resolução de conflitos.

Registre-se, por oportuno, como assenta HILL[53], que a Diretiva 52/08 bem ilustra o aumento do espectro de influência do Direito Comunitário Europeu nos ordenamentos internos dos países membros, sendo, por vezes, responsável pela assunção de práticas não observadas pela tradição de certos países.

Especificamente no que pertine à mediação, a Diretiva estabeleceu em seu art. 3º que *"A mediação é o processo estruturado no qual duas ou mais partes em litígio tentam, voluntariamente, alcançar por si mesmas um acordo sobre a resolução de seu litígio, com a ajuda de um mediador"*.

Tal conceito se aproxima da clássica definição empreendida por MARIA DE NAZARETH SERPA[54] ao estabelecer que *"mediação é um processo onde e através do qual uma terceira pessoa age no sentido de encorajar e facilitar a resolução de uma disputa sem prescrever qual a solução"*.

Pois bem.

De acordo com a Diretiva Europeia são elementos da mediação a estrutura do processo, a existência de duas ou mais partes, a voluntariedade do processo, o acordo das partes e, por fim, a ajuda do mediador.

[53] HILL, Flavia Pereira. A nova lei de mediação italiana. Revista Eletrônica de Direito Processual, vol. VI, Rio de Janeiro, o. 294-321, jul-dez. 2010. p. 295. Nessa linha de intelecção, HILL ainda acentua que *"Os princípios processuais que norteiam o Direito Processual contemporâneo, contemplados, com acuidade, nos Principles of Transnational Civil Procedure, elaborados pelo American Law Institute (ALI) e pelo International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT), vêm buscar aproximar os ordenamentos processuais quanto às garantias mínimas que devem ser conferidas aos jurisdicionados em geral, independentemente da circunstância ocasional de seu litígio dever ser solucionado em tal ou qual país. Conferir ao jurisdicionado a garantia de que lhe amparam alguns princípios mínimos essenciais à adequada solução dos litígios, não obstante as particularidades de cada ordenamento interno, consiste em projeção do próprio princípio da dignidade da pessoa humana e se compatibiliza com o atual estágio de aperfeiçoamento dos ordenamentos jurídicos modernos e com a intensa dinâmica de relações entre países verificada na atualidade.*

[54] SERPA. Maria Nazareth. *Teoria e prática da mediação de conflitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

A Diretiva sob comento representou muito mais um chamamento aos países europeus a internalizarem normas que melhor dessem concretude ao princípio fundamental do acesso à justiça do que uma verdadeira regulação exaustiva sobre o tema.

Nessa linha de raciocínio, os tratamentos conferidos pelos Estados-membros são evidentemente divergentes entre si, descortinando retratos característicos da realidade dos métodos consensuais de conflitos (e sua interface com a jurisdição) em cada país.

a) Espanha[55]

Ingressando à experiência espanhola, a Lei nº 5/2012, **cujo objeto se restringe aos assuntos civis e mercantis**, incorporou ao Direito Espanhol os cânones da Diretiva 2008/52/CE.

O Diploma de abrangência nacional estabelece marcos mínimos e uniformes para o exercício da mediação, sem prejuízo de disposições específicas aprovadas pelas denominadas **Comunidades Autônomas (divisões político-administrativas espanholas)**.

No que pertine à mediação em temas civis e mercantis, a Lei nº 5/2012 incorpora a possibilidade de se informar às partes, por ocasião da audiência preliminar, a possibilidade (**natureza facultativa e voluntária**) de recorrer ao instituto da mediação, para fins de solução do conflito.

Ou seja, assenta-se natureza facultativa e voluntária da mediação, em todas as suas fases (início, sessões de mediação e conclusão do acordo).

Outrossim, de acordo com o objeto versado nos autos do processo (funcionalidade naturalística), o Tribunal poderá instar as partes a eventualmente tentarem um acordo que ponha fim à lide e, ainda, permitir que as partes formulem pedido de suspensão do processo, com vistas à submissão de mediação ou arbitragem incidentais (nessa hipótese, a suspensão do processo perdurará pelo tempo da mediação, sem o estabelecimento de qualquer limite temporal fechado, face às idiossincrasias da mediação).

A Lei nº 5/2012 ainda internalizou inovação na ordem processual espanhola, vez que alterou o respectivo Código de Processo Civil (*Ley de Enjuiciamiento Civil*), trazendo expressamente a mediação como hipótese de extinção anormal do processo.

No que pertine à execução dos acordos celebrados, a Lei 5/12 estabelece a necessidade de se levar à escritura pública os termos obtidos em mediações extrajudiciais, com vistas a conferir-lhes força executiva.

Em hipóteses de mediação incidental, a força executiva dos acordos celebrados aperfeiçoar-se-á com a homologação judicial, na esteira do que prevê a própria *Ley de Enjuiciamiento Civil*.

Dito isso, é no âmbito do direito de família que a mediação espanhola se encontra melhor estruturada, alcançando o seu máximo de desenvolvimento.

[55] https://e-justice.europa.eu/content_mediation_in_member_states-64-ES-pt.do?clang=es. Acesso em 05 de agosto de 2014.

Nessa senda, a Lei 15/2005, anterior à própria Diretiva Europeia, já contemplava a mediação como recurso voluntário e alternativo de solução de litígios familiares. O Diploma sob comento assentava a liberdade como valor superior do ordenamento jurídico espanhol, prevendo que as partes pudessem a qualquer momento requestar ao juiz a suspensão do processo, para fins de submissão à mediação familiar.

De outra feita, atualmente a *Ley de Enjuiciamiento Civil* estipula a possibilidade de que as partes, em comum acordo, possam solicitar a suspensão do processo para submeterem-se à mediação.

A referida disposição normativa, contudo, não obriga o juiz a suspender o processo *ab initio*, remetendo, se for o caso, as partes à uma sessão informativa, dentro da noção da gestão processual adequada (*case management*), tal como explicitado linhas acima.

Tal discricionariedade conferida ao juiz encerra medida equilibrada condizente com a noção de processo justo, vez que, além de respeitar natureza do instituto da mediação e a própria autonomia de vontade das partes, expurga do processo qualquer traço de autoritarismo.

Retomando o aduzido, os serviços de mediação familiar são muito heterogêneos nas distintas Comunidades Autônomas, podendo apresentar variações, inclusive, dentro de uma mesma Comunidade.

Interessante notar, ainda, que a mediação é realizada de forma descentralizada e capilarizada por vários atores sociais (Juizados, Tribunais, Universidades, Associações), não sendo, portanto, exclusividade do espaço judiciário (cabendo a supervisão das iniciativas mediativas ao Conselho Geral do Poder Judiciário).

A mediação penal, por seu turno, apesar de alguma divergência sobre o seu campo de incidência, tem por precípuo escopo a reinserção do agressor de um lado e, de outro, o ressarcimento da vítima.

Na seara menorista (14 a 18 anos de idade), a mediação está expressamente normatizada como meio para alcançar a reeducação do infante. Nesse particular, a mediação é realizada pelas equipes de apoio do Ministério Público espanhol, podendo também ser realizadas por órgãos das próprias Comunidades Autônomas e outras entidades como Associações.

Já em relação aos penalmente imputáveis, a mediação não encontra regulação legal expressa (pela Lei 5/12). Porém, com esteio na legislação penal e processual penal que permitem a redução da pena pela reparação do dano, assim como em normas internacionais aplicáveis, a mediação tem sido levada a efeito em algumas determinadas províncias.

Em regra, tal sorte de mediação tem lugar no tratamento dos ilícitos menos gravosos, os nossos delitos de menor potencial ofensivo. Ademais, pode ainda ser realizada se assim as circunstâncias do delito aconselham e indicam.

Exsurge, nesse fluido mosaico, a questão da violência de gênero, temática sobre a qual há vedação legal expressa para a efetivação da mediação (Lei Orgânica 1/2004).

A par da proibição legal, face às circunstâncias específicas e recorrentes da violência de gênero, autores espanhóis têm defendido a possibilidade genérica de aplicação da mediação na hipótese, cabendo a avaliação quanto à sua conveniência em cada caso concreto.

Nesse sentido, o Conselho Geral do Poder Judiciário, em informe sobre a violência de gênero no âmbito familiar (datado de 2001) destaca a conveniência de remeter à justiça civil o processamento e julgamento de infrações leves relativas à violência doméstica (de modo a driblar a vedação legal quanto à utilização da mediação em tais casos).

Por derradeiro, no que tange à formação dos mediadores, a Lei Espanhola determina que eles detenham formação universitária ou profissional superior, além de formação específica para exercer a mediação, a qual se adquire com a frequência e realização de cursos ministrados por instituições devidamente credenciadas, de modo a se conferir validade para o exercício da atividade de mediador em qualquer parte do território nacional.

b) Alemanha[56]

Em terras tedescas, de igual modo, houve a edição de lei interna para fins de transposição das premissas informadoras da Diretiva 2008/52/CE ao respectivo ordenamento pátrio.

Nesse viés, em julho de 2012 teve início de vigência a Lei da Mediação (*Mediationsgesetz*), a qual versa acerca da promoção da mediação e outros procedimentos para a resolução de litígios por via extrajudicial.

O Diploma Legislativo em epígrafe afigura-se na primeira regulação formal do instituto da mediação na Alemanha.

Não obstante, a normatividade da lei alemã extrapola os lindes da Diretiva Europeia, abrangendo todas as modalidades de mediação praticadas na Alemanha, independente da natureza do litígio ou do local de residência das partes.

De outra feita, a lei alemã não cria óbices formais e apriorísticos à realização da mediação, somente sendo vedada sua aplicação quando lei ou decisão judicial assim exigirem. Seus domínios mais comuns são o direito da família, o direito das sucessões e o direito comercial.

Atenta à **voluntariedade e liberdade** que permeiam e integram o instituto da mediação, a Lei sob comento apenas estabelece regramentos gerais e não exaustivos, a fim de que as partes interessadas e os mediadores possam ter um espaço de diálogo significativo durante o processo de mediação.

O Diploma Legal inaugura suas disposições com a definição de mediação e mediador, com vistas a distinguir a mediação de outras formas de resolução de litígios.

Assim, nos termos da lei, a *"mediação é um processo estruturado em que as partes intervenientes procuram voluntária e autonomamente uma forma de resolução mútua de um litígio com a ajuda de um ou mais mediadores"*.

[56] https://e-justice.europa.eu/content_mediation_in_member_states-64-de-pt.do?member=1. Acesso em 05 de agosto de 2014.

Quanto aos mediadores, são *"pessoas independentes e imparciais que orientam as partes do litígio durante o processo de mediação"*. Há evitação expressa e deliberada no que concerne à criação de um código de conduta específico para o processo de mediação, a fim de que, como dito, não se prevejam limites indevidos ao exercício da autonomia da vontade das partes durante o processo de mediação.

Contudo, é previsto um rol de obrigações em matéria de divulgação e restrições à atividade, a fim de proteger a independência e a imparcialidade da profissão de mediador. Ademais, a legislação alemã obriga formalmente os mediadores a manterem o estrito sigilo quanto às partes submetidas ao processo mediativo.

Seguindo a tendência mundial da gestão processual adequada (*case management*), inserida sob tal epígrafe a tomada de medidas de incentivo e fomento à mediação – sem a panaceia do autoritarismo travestido – a Lei alemã da mediação exalta a resolução consensual dos litígios ao incluir um conjunto de vários incentivos nos códigos processuais oficiais (por exemplo, no Código de Processo Civil, *Zivilprozessordnung*).

Assim, por exemplo, quando as partes propõem uma demanda perante um Tribunal Cível, terão elas que indicar se já tentaram resolver o litígio através de medidas extrajudiciais, tais como a mediação, e se existem motivos específicos para não considerarem esta linha de ação.

No mesmo diapasão, pode ainda o Tribunal convidar as partes a tentarem resolver a contenda por meio da mediação ou outra forma de resolução consensual extrajudicial. Caso se recusem a fazê-lo, o Tribunal poderá, inclusive, decidir pela suspensão do processo.

Note-se que medida em tela não encerra qualquer resquício autoritário, vez que sua aparente rigidez é pautada no abuso de direito de partes que ignoram o escopo de pacificação da jurisdição e pretendem a eternização do conflito.

Assinale-se, ainda, que o governo federal é legalmente obrigado a apresentar um relatório ao *Bundestag* (Câmara Baixa do Parlamento) acerca do impacto da Lei da Mediação cinco anos após a sua aplicação. Tem igualmente de decidir se é necessária a introdução de medidas adicionais no que respeita à formação e ao desenvolvimento profissional dos mediadores.

Em outro aspecto, curial aludir que inexiste previsão quanto à utilização da estrutura judiciária para fins de realização da mediação. Nesse particular, seguindo a secular cultura associativa tedesca, os serviços de mediação são prestados por inúmeras organizações, o que descortina a íntima vinculação entre desjudicialização de conflitos e alto desenvolvimento social.

A legislação alemã é silente quanto ao perfil profissional do mediador, de modo que são os próprios mediadores os responsáveis por garantir que possuam os conhecimentos e experiência necessários (por meio de formação adequada e de cursos de aperfeiçoamento) para orientar com segurança as partes durante o processo de mediação.

Contudo, a lei da mediação minudencia os conhecimentos gerais, as competências e os procedimentos que deverão ser abrangidos para a indigitada formação prévia adequada, de modo que quaisquer indivíduos que preencham tais requisitos poderão desempenhar a atividade de mediador.

Quanto ao custeio, a mediação não é gratuita, estando os respectivos pagamentos sujeitos à estipulação contratrual entre o mediador privado e as partes envolvidas. Por fim, no que pertine à força executiva da mediação, um acordo obtido pode ser executado com o apoio de um advogado ou de um notário, na esteira do artigo 796.º, alíneas a) a c), e artigo 794.º, n.º 1, ponto 5, do *Zivilprozessordnung*.

c) França[57]

Em França, CADIET[58] pontifica a regra geral de que a mediação se efetive extrajudicialmente (sem prejuízo da mediação judicial incidental), noticiando a existência de 3 (três) modalidades distintas de mediação extrajudicial, quais sejam: (i) a mediação espontânea, inteiramente formatada pela autonomia de vontade das partes; (ii) a mediação institucional, organizada no quadro de um organismo criado com tal específico escopo e (iii) a mediação instituída, caracterizada pelo fomento ou incentivo às partes para se submeterem ao proceso mediativo.

As partes podem utilizar a mediação em todos os ramos do direito, desde que esta não atente contra normas de ordem pública. A título ilustrativo, não é possível realizar uma mediação para contornar as regras obrigatórias do casamento ou do divórcio.

A mediação exerce-se, sobretudo no âmbito dos processos de família (por intermédio de um mediador familiar) e das ações de menor expressão econômica (por intermédio da figura do conciliador).

O recurso à mediação está sujeito ao prévio acordo entre as partes, donde se infere a opção pelo legislador francês pela inconteste voluntariedade do instituto.

Após ter sido ajuizada a demanda perante o Judiciário, o juiz incumbido do processamento e julgamento da lide, também dentro da perspectiva do *case managament*, após aceitação das partes, pode designar uma terceira pessoa para que as ouça e confronte os seus pontos de vista, permitindo-lhes encontrarem uma solução para o conflito que as opõe (artigo 131.º, n.º 1, do Código de Processo Civil).

Nessa toada, o Ato Normativo "Despacho" n.º 2011-1540 de 2011 efetuou a transposição da Diretiva 2008/52/CE ao ordenamento francês.

O referido Ato alterou a Lei de 8 de fevereiro de 1995, passando a definir um enquadramento geral para a mediação, bem como um conceito de mediação, além de especificar as qualidades que deve ter o mediador e rememorar o princípio da confidencialidade da mediação, essencial para o êxito do processo mediativo.

---

[57] https://e-justice.europa.eu/content_mediation_in_member_states-64-fr-pt.do?member=1. Acesso em 06 de agosto de 2014.

[58] CADIET, Loïc. *I modi alternativi di regolamento dei conflitti in Francia tra tradizione e modernitá, in* Rivista Trimestrale do Diritto e Procedura Civile, v. 60, n.4, Giuffré: Milano, 2006, p. 1177.

Tendo o "Despacho" 2011-1540 como parâmetro normativo, editou-se o Decreto n.º 2012-66, o qual criou no âmbito do Código de Processo Civil um novo Livro V, dedicado à resolução consensual de conflitos, que especifica as regras aplicáveis à mediação e à conciliação convencionais, assim como as respeitantes ao processo participativo.

O referido Livro V constitui o contraponto dos títulos VI e VI-b do Código de Processo Civil, respectivamente, consagrados à conciliação e à mediação judiciais. Ademais, o então paradigmático Decreto n.º 78-381 foi modificado e agora só contém as disposições estatutárias relativas aos conciliadores de justiça.

Assim como sói ocorrer na Alemanha, não existe na França nenhum código de conduta aplicável aos mediadores em nível nacional, sendo, pois, tarefa consuetudinária, decorrente do cotidiano dos próprios mediadores.

A exceção da mediação em matéria de família, a lei francesa não prevê formação específica para o exercício da função de mediador.

No que diz respeito ao custeio, tanto a mediação extrajudicial como a judicial são pagas.

Em matéria de mediação judicial, a remuneração do mediador pode eventualmente ficar a cargo da estrutura judiciária. De todo modo, em todas as hipóteses de mediação judicial, é o magistrado que fixa as taxas, após a sua execução e mediante a apresentação de um memorando ou nota de despesas (artigo 119.º do Decreto n.º 91-1266 de 19 de dezembro de 1991).

No âmbito da mediação familiar, a CNAF (*Caisse nationale des allocations familiales* – Caixa Nacional das Prestações Familiares) criou um procedimento de comparticipação que permite às partes beneficiarem de uma prestação de mediação familiar, desde que respeitem certas normas.

No que toca à exequibilidade dos acordos celebrados, nos casos de mediação extrajudicial, o artigo 1565.º do Código de Processo Civil prevê que o acordo alcançado pelas partes possa ser sujeito à homologação judicial, com vistas a tal específico desiderato.

Quando a mediação se processa judicialmente, o artigo 131.º-12 do Código de Processo Civil dispõe, de igual modo, que, a pedido das partes, o juiz da causa possa homologar o acordo alcançado por estas.

Tais previsões decorrem em última análise da norma inserta no artigo L. 111-3, n.º 1. do Código do Processo Civil de Execução, a qual estabelece que **constituem títulos executivos os acordos resultantes de mediação judicial ou extrajudicial a que os tribunais civis ou administrativos tenham conferido força executória**.

d) Itália[59]

Falar de mediação na Itália não é tarefa das mais singelas, vez que sua amplitude e especificidades podem per si constituir facilmente objetos de toda uma dissertação.

[59] https://e-justice.europa.eu/content_mediation_in_member_states-64-it-pt.do?member=1. Acesso em 06 de agosto de 2014.

Nesse ritmo, face às balizas que delimitam este trabalho, o recorte será breve e específico, remontando o cenário atual da mediação na pensínsula itálica, **máxime após a decisão da Corte Constitucional Italiana que reconheceu a inconstitucionalidade de se conferir caráter obrigatório à mediação**.

Antes, porém, mister grifar que o Decreto Legislativo 28/2010, que regulamentou a Lei nº 69/2009, transpôs os comandos da Diretiva 2008/52/CE ao ordenamento nacional italiano.

O Decreto Legislativo 28/10 se debruça basicamente acerca da disciplina da mediação civil e comercial, dispondo, ainda, que a atividade de mediação seja gerida por organismos de mediação, isto é, entidades públicas ou privadas inscritas num registro dos organismos de mediação controlado pelo Ministério da Justiça.

Estabelece, ainda, o Decreto Legislativo uma classificação tripartite da mediação, a saber: *mediazione facoltativa, mediazione giudiziale e mediazone obbligatoria*[60].

Ao tempo da edição do Decreto sob comento, por óbvio, a configuração da modalidade obrigatória da mediação causou furor no seio da comunidade jurídica italiana, vez que tal hipótese encerrava verdadeira condição de admissibilidade de eventual processo judicial a ser deflagrado.

A instituição da instância obrigatória de mediação, vale dizer, não se deu por acaso, vez que direcionada pelo Governo da República Italiana a um único objetivo, qual seja, a redução quantitativa de processos instaurados perante o Poder Judiciário.

A fugaz opção pela obrigatoriedade empreendida pelo legislador italiano foi detectada com a habitual argúcia por TARUFFO[61], o qual pontifica que *"el problema, como ya se há dicho, es outro y tiene que ver com la eficiencia de la jurisdicción y su efectividad em la tutela de los derechos. Sin embargo este problema no se resuelve, como algún legislador - por ejemplo el italiano – tiende a hacer, dejando que jurisdicción siga siendo ineficiente y alentando u obligando a los ciudadanos a la que puede definirse propriamente como uma fuga de la jurisdicción. El problema se resuelve – por el contrario – haciendo que la jurisdicción sea eficiente, y haciendo que el recurso a las alternativas no sea um camino obligado para las partes"*.

Nesse cenário, PAUMGARTTEN[62] noticia que a Associação dos Advogados Italianos (OUA – *Organismo Unittario dell'Avvocatura Italiana)* ajuizou demanda em face do Ministério da Justiça e do Desenvolvimento

---

[60] DITTRICH, Lotario. *Il procedimento di mediazione nel d. lgs. n. 28 del 4 marzo 2010*. Disponível em: http://www.judicium.it. Acesso em 07 ago. 2014. *"Riprendendo una classificazione proposta in dottrina, possiamo dire che ci troviamo qui di fronte: a) a un procedimento di mediazione su base volontaria stragiudiziale ed extraprocessuale: le parti possono cioè esperire um tentativo di mediazione prima ed indipendentemente dalla proposizione di uma controversi avanti al giudice civile; b) a um procedimento stragiudiziale ma endoprocessuale, co ciò intendendo che l'attività di mediazone viene svolta da um organismo non giudiziale (appunto, l'organismo di mediazione come definito dall'art.1), ma su sollecitazione (non vincolante) del giudice statale, giá attualmente adìto della controvérsia; è il modello, bem noto Nei paesi anglosassoni, della court annexed mediation; c) a uma mediazione straprocessuale ed extragiudiziale obbligatoria, prevista dall'art. 5 per uma moltitudine di controversia, e qualificata como condizione di proceddibilitá della causa.*

[61] TARUFFO, Michele. *op. cit.*, p. 120.

[62] PAUMGARTTEN, Michele. *O Futuro da Mediação na Itália após a Decisão da Corte Constitucional da República, in* Revista Eletrônica de Direito Processual, vol. XI, disponível em http://www.redp.com.br.

Econômico perante o TAR Lazio, o qual decidiu em 2011 que alguns dos dispositivos constantes do Decreto Legislativo nº 28/2010 despertavam fundados questionamentos acerca da correlata constitucionalidade, máxime no que pertine à criação de impedimentos ao efetivo acesso à justiça.

Em tal época, outros Tribunais Italianos já acenavam com a natureza inconstitucional da indigitada restrição ao acesso à justiça[63].

Instada, pois, ao enfrentamento do tema, a Corte Constitucional Italiana, após audiência pública[64] realizada em outubro de 2012, assentou a inconstitucionalidade de alguns dispostivos do Decreto Legislativo nº 28/2010, o que conduziu (i) **à eliminação da implementação prévia e obrigatória do processo de mediação como previsto no artigo 5º, n. 1 do Decreto; (ii) o afastamento da necessidade de o advogado informar ao seu cliente sobre os casos em que a submissão ao processo de mediação era condição de admissibilidade da ação e (iii) a supressão da obrigação do mediador de informar às partes sobre as consequências previstas no artigo 13 do decreto no caso de correspondência total ou parcial entre a proposta do mediador e a decisão proferida no processo judicial**[65].

A decisão proferida pela Corte Constitucional Italiana encerra, portanto, induvidoso norte, a fim de que as políticas de administração judiciária empreendidas pelo Governo Italiano não se restrinjam à míope e artificial redução quantitativa da elevada carga de processos que há tempos assola os Tribunais Italianos.

E, de igual modo, aponta para um necessário horizonte de paulatina difusão cultural da mediação, único meio para que a prática mediativa possa atingir todas as suas potencialidades e verdadeiramente se apresente como valoroso instrumental de resolução de conflitos da sociedade italiana.

Por fim, em relação à força executória dos acordos celebrados, nada restou alterado pelos termos da decisão em comento proferida pela Corte Constitucional Italiana.

Em sendo assim, na esteira do artigo 12 do Decreto 28/10, o auto de acordo, cujo conteúdo não seja contrário à ordem pública nem às normas legais imperativas, deve ser homologado, a pedido das partes, pelo Presidente do Tribunal em cuja jurisdição se encontra a sede do organismo de mediação.

Nos litígios transnacionais, abrangidos pelo artigo 2.º da Diretiva 2008/52/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, o auto é homologado pelo presidente do Tribunal em cuja jurisdição o acordo deve ser executado. O auto homologado constitui título executivo para a expropriação forçada, para a execução em espécie e, ainda, para fins de inscrição de hipoteca judicial.

---

[63] PAUMGARTTEN, Michele. *Op. cit.*p. 410. *"Além do TAR Lazio, outros Tribunais como o Tribunal de Gênova, a Justiça de Paz de Parma e a de Cantazaro reforçaram ainda mais em suas decisões o perfil inconstitucional da lei perante a Corte Constitucional Italiana".*

[64] HÄBERLE, Peter. *A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição.* Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997.

[65] PAUMGARTTEN, Michele. *Op. cit.*p. 414.

e) Inglaterra[66]

A experiência britânica no que concerne à mediação se encontra delineada pelas *Civil Procedure Rules*, produto do paradigmático Relatório elaborado pelo Magistrado Lord Woolf[67].

Em um cenário globalizado de interpenetração entre os sistemas de *civil law* e *common law*, o aludido Relatório externa a preocupação do legislador britânico no que toca à carência de efetividade do sistema processual colocado à disposição dos cidadãos.

Nessa moldura, conferindo ao instituto do *case management* papel nuclear, o Código de Processo Civil Inglês, em sua Regra 1.4, estabelece medidas ativas afetas à indigitada intervenção gerencial pelo Tribunal, destacando-se dentre elas o fomento à utilização dos métodos consensuais de resolução de conflitos.

A palavra de ordem segundo a legislação britância é, portanto, encorajar as partes à utilização da voluntária e facultativa prática mediativa, sem qualquer resquício de compulsoriedade.

Não se pode olvidar, contudo, na esteira do aduzido por ANDREWS[68], que a par da ausência de um sistema de mediação obrigatória na Inglaterra, as respectivas Cortes podem se utilizar de meios de indução para que a mediação seja ao menos oportunizada, dentre os quais se sobressaem a suspensão processual com tal específico desiderato e a imposição de multas a partes que injustificadamente rejeitem a prática mediativa (*v.g.* caso o autor ou o réu faça uma oferta razoável de mediação, recusada pela outra parte, esta é punida – com o incremento das custas a serem pagas ao adversário – se o resultado do processo não iguala ou supera o que lhe adviria da aceitação da proposta).

Dito isso, o aludido fomento às práticas "alternativas" perpassa por uma prévia e efetiva análise da causa pelo Tribunal (ainda que de forma preliminar), de modo que as partes somente serão admoestadas a iniciarem tratativas tendentes ao estabelecimento de algum método "alternativo" de solução de conflitos, **caso este se revele apropriado e facilitador ao desmanche da contenda**.

Com efeito, *o case management* preordena sua normatividade à verificação da funcionalidade da utilização das ADRs, encerrando salutar relação de adequação com o objeto da causa.

Sob outra perspectiva, releva ainda registrar que não existe um código específico nacional de conduta para os mediadores, sendo a profissão autorregulada. Em relação às custas da mediação, observa-se, de igual modo, a correlata autorregulação dos serviços de mediação, com a variação do custeio de acordo com a oferta de cada instituição.

[66] https://e-justice.europa.eu/content_mediation_in_member_states-64-ew-pt.do?member=1. Acesso em 08 de agosto de 2014.

[67] WOOLF, Harry. *Civil justice in the United Kingdom*. The American Journal of Comparative Law, p. 709-736, 1997.

[68] ANDREWS, Neil. *O moderno Processo Civil:* formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra. Tradução Tereza Alvim Arrura Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

f) Estados Unidos

Last but not least, chega-se à experiência norte-americana, palco onde a mediação e as outras modalidades de ADRs – por questões culturais e políticas –atingiram o máximo de sua expressão e eficácia no mundo ocidental.

Com mais razão, o tratamento exaustivo do tema não se coaduna com o escopo do presente trabalho, cabendo apenas pontuais e específicos comentários acerca de temáticas atuais.

Nesse passo, o marco inicial temporal[69] das ADRs nos Estados Unidos se confunde com o discurso proferido por Frank Sander na *Pound Conference* (1976), oportunidade em que foram cunhados os conceitos de *court-connected programs* e *multi-door courthouse*.

A partir do desenvolvimento de tais conceitos paradigmáticos, os Tribunais passariam a contar com Centros de Soluções de Conflitos anexos, por meio dos quais os cidadãos acessariam meios distintos de resolução de conflitos (mediação, arbitragem, *factfinding*, dentre outros[70]).

Tal como ocorre no sistema inglês, o sistema multiportas norte-americano, desde a sua gênese, já articulava a necessidade de adequação entre as variadas portas de solução e cada espécie distinta de conflito.

Crucial marco legislativo nesse complexo cenário se deu com a edição do *Alternative Dispute Resolution Act* (1998)[71], o qual determinou que todas as Cortes Federais criassem seu próprio programa de ADRs, por meio de regras locais, fomentando que as partes considerassem a possibilidade de resolução consensual e adequada de seus conflitos.

Essa experiência, conforme esclarece GABBAY[72], fora replicada no âmbito das Cortes Estaduais, gerando um ambiente favorável e propício à consolidação cultural das ADRs em território norte-americano.

Isso porque à medida que os Tribunais ampliavam a oferta de tais serviços, mais as partes os demandavam e mais os advogados se viam obrigados a aprender a utilizar o novel instrumental.

Nesse mesmo quadro, se insere a edição do denominado *Civil Justice Reform Act*[73] (1990), o qual sinalizava que todas as Cortes Federais observassem medidas de redução de custos e da morosidade judiciária, dentre as quais se destacavam os institutos reunidos sob a epígrafe das ADRs.

Ainda sob a égide do tratamento legislativo do tema, importante aludir ao *Uniform Mediation Act*[74] (2001), vez que repousa sua normatividade especificamente no instituto da mediação e cujo precípuo objetivo é a uniformização da regulação da mediação em todos os Estados americanos.

---

[69] GABBAY, Daniela Monteiro. *Mediação e judiciário:* condições necessárias para a institucionalização dos meios autocompositivos de solução de conflitos. 2011. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo.

[70] GABBAY, Daniela Monteiro. *op. cit.* p.114.

[71] http://www.epa.gov/adr/adra_1998.pdf. Acesso em 09 de agosto de 2014.

[72] GABBAY, Daniela Monteiro. *op. cit.* pp.118/119.

[73] http://www.uscourts.gov/Statistics/civilJusticeReformActReport.aspx. Acesso em 04 de agosto de 2014.

[74] http://adrnc.net/wp-content/uploads/2011/12/Resource-Page-UMA-Full-Version-for-USA-with-Comments_0.pdf. Acesso em 09 de agosto de 2014.

A sintética e possível linha do tempo ora traçada permite a conclusão de que os meios "alternativos" de soluções de conflitos nos Estados Unidos foram, progressivamente, objeto de exaustiva regulação estatal, bem como de incorporação ao espaço dos Tribunais, tudo com vistas à busca de uniformização e incentivo aos programas.

A questão cultural, nesse particular, adquire inequívoca relevância, uma vez que, ao contrário do que ocorre no Brasil, a incorporação das ADRs ao âmbito institucional do Judiciário norte-americano se observa a partir de uma já capilarizada disseminação dos respectivos institutos consensuais ao correlato tecido social.

De todo modo, não se pode olvidar que a crescente normatização norte-americana sobre o tema se inclina para uma indevida e excessiva submissão das partes a regras procedimentais rígidas, as quais se levadas a ferro e fogo acabarão por desnaturar a prática mediativa, expungindo a liberdade criativa das partes na construção do consenso a desmanchar o conflito.

Em outra medida, ainda há que se aludir à importância da figura do *case management* e seu papel de indução na utilização das ADRs, valendo, nesse particular, citar o teor da Regra 68 das *Federal Rules of Civil Procedure*[75], o qual impõe que a parte que não aceitara o acordo arque com as custas processuais caso o resultado do processo não iguale ou supere o que lhe adviria da aceitação da proposta recusada.

5 Artigos 14 a 21 do PL 7169/14. Breves Comentários.

Delineadas as questões prementes afetas aos métodos consensuais e adequados de solução de conflitos nos cenários nacional e estrangeiro, passa-se à tessitura de comentários específicos à legislação ainda gestada no Congresso Nacional, cuja aprovação parece se aproximar.

Na topografia do PL 7169/14, a Seção III inaugura a normatização relativa ao procedimento da mediação, estabelecendo a Subseção I as disposições comuns alusivas à mediação judicial e extrajudicial.

Por seu turno, o artigo 14 inicia o regramento legal do tema a partir da figura do mediador, *verbis*:

> ***Seção III***
>
> ***Do Procedimento de Mediação***
>
> ***Subseção I***
>
> ***Disposições Comuns***
>
> ***Art. 14. A pessoa designada para atuar como mediador tem o dever de revelar às partes, antes da aceitação da função, qualquer fato ou circunstância que possa suscitar dúvida justificada em relação à sua imparcialidade para mediar o conflito, oportunidade em que poderá ser recusado por qualquer delas.***

[75] http://www.uscourts.gov/uscourts/rulesandpolicies/rules/2010%20rules/civil%20procedure.pdf. Acesso em 09 de agosto de 2014.

Bem se vê que a imparcialidade encerra premissa basilar para o exercício da função de mediador, extrapolando a mera noção negativa de ausência de impedimento e/ou suspeição, tal como previsto no vigente Código de Processo Civil.

A escolha pelo vocábulo "imparcialidade" no PL 7169/14 afigura-se, pois, acertada e consentânea à visão garantística de processo, imprimindo um verdadeiro dever de neutralidade ao mediador.

Aliás, indaga-se quanto à verdadeira (se existente) distinção ontológica entre imparcialidade e neutralidade.

Rememore-se, por oportuno, que o PL 7169/14 alçou a imparcialidade do mediador a princípio reitor da mediação, ao passo que o NCPC (art. 144, §1º) optou por eleger o vetor da neutralidade.

Aprofundando o tema, ORTEGA Y GASSET[76] esclarece que a imparcialidade se revela impossível de existir essencialmente, vez que o "*Eu*" não se aparta de sua indissociável subjetividade.

Veja-se que a imparcialidade possível e, portanto, objeto de exteriorização, **quer se referir à atitude do mediador em relação às partes e não ao conteúdo em si do tema afeto à mediação (vinculado à noção de neutralidade)**.

Sendo assim, não é possível se conceber a regularidade de um processo de mediação, no qual, não reste invariavelmente observado o princípio da imparcialidade.

Em outras palavras, onde não há imparcialidade do mediador, não existe um processo de mediação válido.

Nesse viés, a esmagadora maioria das definições legais e doutrinárias acerca da mediação alude expressamente à figura de um terceiro imparcial. Como exemplo, GARCEZ[77] ensina que a mediação, enquanto fórmula de solução de conflitos, surge quando *"um terceiro imparcial auxilia as partes a chegarem, elas próprias, a um acordo entre si, através de um processo estruturado."*

Volvendo à questão acerca da eventual distinção entre imparcialidade e neutralidade, o eminente BARBOSA MOREIRA[78] pontifica que *"a imparcialidade em termos de comportamento do juiz, se revela quando a sua atitude não enseja favorecimento de tratamento a nenhuma das partes, ao passo que a neutralidade se revelaria quando o juiz tivesse um comportamento indiferente ao resultado do processo"*.

Em tal estudo, o maior processualista brasileiro assenta que o julgador deve se guiar sempre pela imparcialidade, a qual não deve ser encarada sob uma aparência de indiferença ao processo, sob pena de legitimação da produção de resultados injustos.

---

[76] ORTEGA Y GASSET, José. *Eu sou eu e minha circunstância.* ESCÁMEZ SÁNCHEZ, Juan. Ortega y Gasset. Recife: Fundação Joaquim Nabuco, p. 111-119, 2010.

[77] GARCEZ, José Maria Rossani. *Negociação. ADRS. Mediação. Conciliação e arbitragem,* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, 2ª edição.

[78] MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Reflexões sobre a Imparcialidade do Juiz.* In: Temas de Direto Processual Civil, 7ª Série. Editora Saraiva: 1994, p. 19/30.

Como bem esclarece LOPES[79], fala-se em aparência porque, nessa hipótese, não se estaria diante da problemática em torno do respeito ou não da imparcialidade, mas sim de verdadeira postura de neutralidade do juiz em relação ao processo.

Prossegue LOPES[80], afirmando que a transposição de tais conceitos para a mediação, onde, ao contrário da jurisdição, são as próprias partes dissidentes as responsáveis pela tomada de uma decisão que ponha fim a seu litígio, é natural concluir que o mediador, ao contrário do juiz, deve, em princípio, ser neutro.

E, portanto, é a ele vedado a formulação de sugestões meritórias quanto à construção do consenso entre as partes.

> ***Art. 15. No início da primeira reunião de mediação, e sempre que julgar necessário, o mediador deverá alertar as partes acerca das regras de confidencialidade aplicáveis ao procedimento.***

Sobre o tema da confidencialidade, o PL 7169/14 traz regras específicas nos artigos 31 e 32, as quais extrapolam os concisos limites deste estudo. Não obstante, mister asseverar que a confidencialidade impõe ao mediador que mantenha em sigilo (a terceiros) todos os assuntos tratados na mediação.

Porém, em relação às partes, não guarda qualquer segredo. Na hipótese de sessões particulares, eventuais informações colhidas estarão disponíveis a parte adversa, na esteira da dialeticidade imposta pelo vetor constitucional do contraditório participativo.

A confidencialidade não se exaure na figura do mediador, vez que as partes, de igual modo, estarão adstritas a observá-la no que pertine ao conteúdo integral do que fora versado no processo mediativo.

> ***Art. 16. A requerimento das partes ou do mediador, com anuência daquelas, poderão ser admitidos outros mediadores para funcionarem no mesmo procedimento, quando isso for recomendável em razão da natureza e da complexidade do conflito.***

A disposição em comento institui a figura do comediador, partindo da premissa de que a mediação deve ser conduzida por profissionais habilitados, treinados e experimentados, de modo a funcionalizar à especificidade e complexidade de cada casa concreto.

---

[79] LOPES, Vitor Carvalho. *Breves observações sobre os princípios da imparcialidade e neutralidade do mediador: Conceituação,* Importância e Alcance prático desses princípios em um processo de mediação, in Revista Eletrônica de Direito Processual, vol. V, disponível em http://www.redp.com.br.

[80] Idem, Ibidem.

Nesse sentido, a norma em apreço pressupõe a existência de mediações que envolvem conhecimentos técnicos de maior profundidade, os quais, por via de consequência, demandam o enfrentamento de questões multidisciplinares.

Com efeito, o comediador deverá ser comprovadamente profissional especializado na área de conhecimento técnico subjacente à questão versada na mediação.

O estabelecimento da comediação merece aplausos. Porém, mister ressaltar que o ingresso dos comediadores não pode ser marcado por qualquer resquício de parcialidade, confundindo-os com a figura dos assistentes técnicos, sob pena de completa desnaturação da prática mediativa.

> ***Art. 17. Ainda que haja processo arbitral ou judicial em curso, as partes poderão submeter-se à mediação, hipótese em que requererão ao juiz ou árbitro a suspensão do processo por prazo suficiente para a solução consensual do litígio.***
>
> ***§ 1º É irrecorrível a decisão que suspende o processo nos termos requeridos de comum acordo pelas partes.***
>
> ***§ 2º A suspensão do processo não obsta a concessão de medidas de urgência pelo juiz ou pelo árbitro.***

A disposição sob comento, também presente no direito espanhol, contempla de forma adequada a possibilidade de mediação incidental.

Acertada a redação ao se utilizar da expressão "suficiente", vez que a previsão de prazo determinado não se coaduna com as especificidades de cada mediação.

De outra feita, a norma em tela revela-se demasiadamente tímida, pois insere a possibilidade de suspensão processual tão somente sob a perspectiva do princípio dispositivo das partes, olvidando-se, pois, da utilização das técnicas do *case management* pelo magistrado, para fins de fomento ou indução à prática mediativa.

O parágrafo primeiro prevê a irrecorribilidade da decisão que suspende o processo por requerimento comum das partes, o que se revela, induvidosamente, despiciendo sob o ponto de vista da admissibilidade recursal, vez que qualquer irresignação manejada em tais hipóteses esbarraria em vistoso ato contraditório (prática de ato incompatível com a vontade de recorrer, *ex vi* o disposto no art. 503, parágrafo único, do Código de Processo Civil vigente).

Por seu turno, o parágrafo segundo bem se coloca no secular conflito entre tempo x processo, permitindo a concessão de tutelas de urgência em consonância com o imperativo constitucional da duração razoável do processo (art. 5º, inciso LXXVIII, da CR/88).

Art. 18. Considera-se instituída a mediação na data em que for firmado seu termo inicial.

Parágrafo único. Enquanto transcorrer o procedimento de mediação, ficará suspenso o prazo prescricional a partir da data da assinatura do termo inicial.

A norma prevê o denominado *Agreement to Mediate*, o qual se consubstancia em uma descrição completa da mediação a ser efetivada.

No termo inicial da mediação deve conter, portanto, a identificação das partes, qualificação, representantes legais e procuradores; identificação do mediador, qualificação; objeto da mediação, devendo, ainda, o mediador aceitar expressamente a função, obrigando-se a observar as regras de sigilo e confidencialidade.

Conforme já dito linhas acima, as partes, de igual modo, se submetem ao sigilo, cujo descumprimento implicará responsabilidade civil e criminal.

O termo inicial da mediação ainda deverá conter o local do procedimento e das reuniões de mediação, a forma de comunicação entre o mediador e as partes, prazo para a conclusão da mediação e organização das sessões de mediação (dias, duração, intervalos); a forma de remuneração do mediador e divisão dos custos pelas partes e, por fim, procedimento caso uma das partes desista da mediação.

Na hipótese de desistência, nenhuma das partes terá direito a qualquer indenização, e as informações ali trocadas não poderão ser reveladas em eventual processo judicial ou arbitragem.

O termo inicial será datado e assinado pelas partes e mediador, conjuntamente com 02 (duas) testemunhas.

O parágrafo único estabelece a necessária suspensão da fluência do prazo prescricional, sob pena de perecimento do respectivo direito nas hipóteses em que a mediação reste inexitosa.

Art. 19. Instituída a mediação, as reuniões posteriores com a presença das partes somente poderão ser marcadas com a sua anuência.

A disposição em questão revela-se autoexplicativa, valendo asseverar que não se descuida da observância de garantias procedimentais mínimas, derivadas da cláusula do processo justo, a fim de que a mediação seja instrumental concretizador dos direitos fundamentais.

Art. 20. No desempenho de sua função, o mediador poderá reunir-se com as partes, em conjunto ou separadamente, ouvir terceiros e solicitar das partes as informações que entender necessárias para o esclarecimento dos fatos e para facilitar o entendimento entre as partes.

O dispositivo em referência permite a designação das sessões conjuntas ou privadas (*caucus*). Tal procedimentalização aberta se preordena à efetivação de uma mediação exitosa, devendo para tanto o mediador deverá estar sempre no controle do processo, estimulando o debate entre as partes, tudo com vistas à construção dialética do consenso.

A mediação pode se iniciar (ou não) com a realização de sessões conjuntas, momento em que as partes apresentam suas posições. Nas sessões privadas, por sua vez, o mediador adquirirá informações adicionais e iniciará as suas técnicas avaliativas.

Com o estabelecimento de tal fluida procedimentalização, a norma merece, pois, ser louvada, vez que permite, em última análise, que as partes e o mediador não sejam engessados por uma ortodoxia procedimental contrária à essência da mediação.

> ***Art. 21. O procedimento de mediação será encerrado com a lavratura do seu termo final, quando for celebrado acordo ou quando não se justificarem novos esforços para a obtenção de consenso, seja por declaração do mediador nesse sentido ou por manifestação fundamentada de qualquer das partes.***
>
> ***Parágrafo único. O termo final de mediação, na hipótese de celebração de acordo, constitui título executivo extrajudicial e, quando homologado judicialmente, título executivo judicial.***

O dispositivo contempla o termo final da mediação.

Na hipótese de celebração de acordo, também denominado de *Mediation Agreement*.

Nos casos de impossibilidade de obtenção do consenso, a partir da norma denota-se coerência sistemática do PL 7169/14 no sentido da facultatividade da mediação, vez que se determina que o fim da mediação possa se dar por declaração do mediador ou por manifestação fundamentada de qualquer das partes.

Por derradeiro, em relação à força executória dos acordos celebrados, mister apontar que possuem maior probabilidade de execução espontânea, ante a consensualidade que os impingiu.

O parágrafo único se mostra consentâneo à tradição processual pátria, prevendo a constituição de títulos judiciais em hipóteses de homologação pelo magistrado e de títulos executivos extrajudiciais, na dicção normativa do artigo 585, inciso II, do Código de Processo Civil.

6. Considerações Finais

Anseia-se, pois, que a edição em lei do PL 7169/14 possa contribuir verdadeiramente para a paulatina construção de uma cultura nacional menos demandista, menos adversarial e menos dependente da intervenção do Judiciário, o qual deverá estar cônscio de que seu papel na ordem constitucional não lhe impõe a obrigatoriedade de intervenção em toda e qualquer sorte de conflito.

A cultura da desjudicialização ainda incipiente no Brasil, contudo, não traz a reboque qualquer nota de novidade.

Isso porque a natureza cíclica dos processos históricos dá conta de que sociedades avançadas, com intenso grau de comunicação interna, utilizavam-se frequentemente dos agora tidos como alternativos métodos para a resolução de seus conflitos.

O timbre da alternatividade decorre da fossilização de conceitos atrelados ao direito positivado, imanentes ao sistema da *civil law* e, em maior espectro, à própria lógica *rousseauniana*, dentre os quais se realça a jurisdição como exclusivo e único meio de solução de conflitos.

Não obstante o natural comodismo quanto aos cânones do tratamento da litigiosidade, nos moldes em que conhecemos, a mediação (e os outros métodos ditos alternativos) se apresentam atualmente como propulsores e catalisadores de uma nova conformação histórico-jurídica.

Os referidos métodos são vocacionados a restabelecer o canal perdido de comunicação entre os membros do corpo social, no afã do estabelecimento de soluções pacíficas para seus conflitos.

Esse é o mote para se adequar historicamente o princípio do acesso à justiça às premissas cotidianamente construídas pelas sociedades pós-modernas, caracterizadas por conflitos massificados, instantâneos e, em sua maioria, perfeitamente contornáveis, caso a litigiosidade não fosse potencializada pelo vetusto e antidemocrático (porém largamente observado em terras tupiniquins) contraste linear *vencedor x vencido*[81].

O pluralismo das sociedades pós-modernas e o consequente dissenso racional acerca dos *standards* mínimos dos valores fundamentais[82] não permite, pois, que os cidadãos sejam obstados a resolverem de forma desjudicializada seus próprios conflitos.

Desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público, conforme explica com excelência a vanguarda da doutrina administrativista[83], nada seria mais democrático do que um típico e autêntico exercício da autonomia da vontade, no momento em que as partes envolvidas em um dado conflito recorrem conjuntamente a um terceiro imparcial e, com ele, constroem dialeticamente o consenso.

---

[81] *"Na mediação evita-se a polarização entre o vitorioso e o derrotado da demanda (substituição do* winner-takes-all *pelo* win-win*), além de garantir-se maior criatividade no processo decisório, com a chance de pensar 'outside the box' e construir consensualmente a decisão* (tailored decision). *In* PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; PAUMGARTTEN, Michele Pedrosa. *Mediação Obrigatória: Um Oxímoro Jurídico e Mero Placebo para a Crise do Acesso à Justiça*. http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=82b8a3434904411a. Acesso em 11 de agosto de 2014.

[82] HABERMAS, Jürgen. *Verdad y justificación*. 2007. p. 290.

[83] Por todos, ÁVILA, Humberto Bergmann. *Repensando o "Princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. In* O Direito Público em Tempos de Crise - Estudos em Homenagem a Ruy Ruben Ruschel, 1999, p. 99-127 e BINENBOJM, Gustavo. *Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade:* um novo paradigma para o direito administrativo. *In* Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 239, p. 1-31, 2005.

Destarte, em linha de arremate, o PL 7169/14, acaso convertido em lei, deve mirar de imediato a transposição, ainda que tardia, da cultura extremamente adversarial que qualifica a sociedade brasileira, bem como não pode servir de amparo legal para a promoção de estatísticas vazias, as quais, decididamente, zombam da normatividade do projeto constitucional, em especial do vetor do acesso à ordem jurídica justa.

Referências Bibliográficas

1. ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales.* Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

2. ANDREWS, Neil. *O moderno Processo Civil:* formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra. Tradução Tereza Alvim Arruda Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

3. ÁVILA, Humberto Bergmann. *Repensando o Princípio da supremacia do interesse público sobre o particular.* In O Direito Público em Tempos de Crise - Estudos em Homenagem a Ruy Ruben Ruschel, 1999, p. 99-127.

4. BINENBOJM, Gustavo. *Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade:* um novo paradigma para o direito administrativo. In Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 239, p. 1-31, 2005.

5. CADIET, Loïc. *I modi alternativi di regolamento dei conflitti in Francia tra tradizione e modernitá,* in Rivista Trimestrale do Diritto e Procedura Civile, v. 60, n.4, Giuffré: Milano, 2006, p. 1177.

6. CÂMARA, Alexandre Freitas. "Mediação e Conciliação na Res. 125 do CNJ e no Projeto de Código de Processo Civil". In: *O Processo em Perspectiva: Jornadas Brasileiras de Direito Processual: Homenagem a José Carlos Barbosa Moreira.* Coords. Aluisio Gonçalves de Castro, Camilo Zufelato e Flávio Luiz Yarshell. Malheiros Editores, 2013.

7. CAPPELLETTI, Mauro (sem indicação de tradutor). *Os Métodos Alternativos de Solução de Conflitos no Quadro do Movimento Universal de Acesso à Justiça,* In Revista de Processo, vol. 74. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

8. _____. GARTH, Bryant. *Access to Justice: The Worldwide Movement do Make Rights Effective - A General Report. Access to Justice. A World Survey.* Mauro Cappelletti and Bryant Garth, eds. (Milan: Dott. A. Giuffrè Editore, 1978).

9. CHASE, Oscar G. Law, *Culture, and Ritual:* Disputing Systems in Cultural Context. New York University Press, 2005.

10. COMOGLIO, Luigi Paolo. *Garanzie costituzionali e 'giusto processo' (modelli a confronto), in* Revista de Processo, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 23, abril-junho de 1998, n° 90, págs.95-150.

11. DAMASKA, Mirjan R.. *The Faces of Justice and State Authority. A Comparative Approach to the Legal Process.* Yale University Press. New Haven and London.

12. DITTRICH, Lotario. *Il procedimento di mediazione nel d. lgs. n. 28 del 4 marzo 2010.* Disponível em http://www.judicium.it. Acesso em 15 ago. 2014.

13. FISS, Owen. *Um novo Processo Civil. Estudos norte-americanos sobre Jurisdição, Constituição e sociedade.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

14. FULLER, Lon. *Mediation. Its forms and Functions.* CAL. L. REV. vol. 305, 1971.

15. GABBAY, Daniela Monteiro. *Mediação e judiciário:* condições necessárias para a institucionalização dos meios autocompositivos de solução de conflitos. 2011. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo.

16. GARCEZ, José Maria Rossani. *Negociação. ADRS. Mediação. Conciliação e arbitragem.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, 2ª edição.

17. GRECO, Leonardo. *Garantias fundamentais do processo:* o processo justo. Novos estudos jurídicos, v. 7, n. 14, 2008.

18. HÄBERLE, Peter. *A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição:* contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997.

19. HABERMAS, Jürgen. *Verdad y justificación.* 2007. p. 290.

20. HILL, Flavia Pereira. *A nova lei de mediação italiana.* Revista Eletrônica de Direito Processual, vol. VI, Rio de Janeiro, p. 294-321, jul-dez. 2010. p. 295.

21. LLOSA, Mario Vargas. (Trad. Ivone Benedetti). *A civilização do espetáculo:* Uma radiografia do nosso tempo e da nossa cultura. 1ª edição. Rio de Janeiro: Objetiva, 2013.

22. LOPES, Vitor Carvalho. *Breves observações sobre os princípios da imparcialidade e neutralidade do mediador:* Conceituação, Importância e Alcance prático desses princípios em um processo de mediação, in Revista Eletrônica de Direito Processual, vol. V, disponível em http://www.redp.com.br.

23. MARTÍN, Nuria Belosso. *A mediação:* A melhor resposta ao conflito?, in SPENGLER, Fabiana Marion. LUCAS, Doglas Cesar. (org.): *Justiça Restaurativa e Mediação:* polícias públicas no tratamento de conflitos sociais, Ijuí: Unijuí, 2011, p. 321 *apud* PINHO, Humberto Dalla Bernardina de Pinho. *A Mediação e o Código de Processo Civil Projetado,* in Revista de Processo, ano 37, vol. 207, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, pp. 213/238.

24. MAUS, Ingeborg. *Judiciário como superego da sociedade. O papel da atividade jurisprudencial na sociedade órfã.* In: Novos Estudos, CEBRAP, nº 58, novembro de 2000.

25. MNOOKIN, Robert. *Alternative Dispute Resolution . Harvard Law School John M. Olin Center for Law, Economics and Business Discussion Paper Series.* Paper 232. 1998 .

26. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Reflexões sobre a Imparcialidade do Juiz.* In: Temas de Direto Processual Civil, 7ª Série. Editora Saraiva: 1994, p. 19/30

27. MOTTA, Francisco José Borges; HOMMERDING, Adalberto Narciso. *O que é um modelo democrático de processo?* Disponível em www.amprs.org.br/arquivos/revista_artigo/arquivo_1383852047.pdf. Consulta em 12 de agosto de 2014.

28. NUNES, Dierle. "Uma Breve Provocação aos Processualistas: O Processualismo Constitucional Democrático". In: *40 anos da Teoria Geral do Processo no Brasil. Passado, Presente e Futuro.* Orgs. Camilo Zufelato e Flávio Luiz Yarshell. Malheiros Editores, 2013.

29. OLIVEIRA. Daniela Olímpio de. *Uma Releitura do Princípio do Acesso à Justiça e a ideia da Desjudicialização.* Revista Eletrônica de Direito Processual - REDP, Ano 7, v. XI, p. 67-98, jan./jun.2013.

30. ORTEGA Y GASSET, José. *Eu sou eu e minha circunstância.* ESCÁMEZ SÁNCHEZ, Juan. Ortega y Gasset. Recife: Fundação Joaquim Nabuco, p. 111-119, 2010.

31. OST, François. *Júpiter, Hércule, Hermes:* Tres Modelos de Juez. *In:* DOXA, nº 14, 1993. pp. 169-194, in http: www.cervantesvirtual.com. Acesso em 30 de junho de 2014.

32. PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. A mediação no direito brasileiro: evolução, atualidades e possibilidades no projeto do novo código de processo civil. In. JAYME, Fernando Gonzaga. FARIA, Juliana Cordeiro de. LAUAR. Maira Terra (orgs). *Processo Civil:* Novas Tendências em homenagem ao Ministro Sálvio Figueiredo Teixeira, Editora Del Rey: Belo Horizonte, 2011.

33. _____. *Os Efeitos Colaterais da Crescente Tendência à Judicialização da Mediação.* Revista Eletrônica de Direito Processual - REDP, Ano 7, v. XI, p. 184-216, jan./jun.2013.

34. _____. *O novo CPC e a mediação.* Revista de Informação Legislativa, Brasília , v.48, n.190, p. 219-235, t. 1, abr./jun.2011. p. 228.

35. _____. *Mediação Judicial no Brasil:* Histórico e Perspectivas.

36._____. PAUMGARTTEN, Michele Pedrosa. *A experiência ítalo-brasileira no uso da mediação em resposta à crise do monopólio estatal de solução de conflitos e a garantia do acesso à justiça, in* Revista Eletrônica de Direito Processual, volume 8, disponível em http: //www.redp.com.br.

37._____. *Os efeitos colaterais da crescente tendência à judicialização da mediação.* O processo justo e a coisa julgada: Breve análise quanto à inviabilidade de sua desconsideração, p. 184.

38._____. *A institucionalização da mediação é a* Panacea *para o acesso à justiça?* http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=0fd4b8a8354a77a3. Acesso em 31 de julho de 2014.

39. _____. *Mediação Obrigatória: Um Oxímoro Jurídico e Mero Placebo para a Crise do Acesso à Justiça.* http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=82b8a3434904411a. Acesso em 11 de agosto de 2014.

40. PAUMGARTTEN, Michele. *O Futuro da Mediação na Itália após a Decisão da Corte Constitucional da República,* in Revista Eletrônica de Direito Processual, vol. XI, disponível em http://www.redp.com.br.

41. RESTA, Eligio. Trad. Sandra Vial. *O Direito Fraterno.* Santa Cruz do Sul, EDUNISC, 2004.

42. SERPA. Maria Nazareth. *Teoria e prática da mediação de conflitos.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

43. STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito.* 10ª edição, Livraria do Advogado, 2011, p. 64.

44._____. DE OLIVEIRA, Rafael Tomaz; TRINDADE, André Karam. *O " cartesianismo processual" em* terrae brasilis*: A Filosofia e o Processo em Tempos de Protagonismo Judicial.* Novos Estudos Jurídicos, v. 18, n. 1, p. 5-22, 2013.

45. SPENGLER, Fabiana Marion. *O Tempo do Processo e o Tempo da Mediação.* In: REDP Vol. VIII, julho/dez 2011.

46. _____. *Retalhos de Mediação.* Editora Essere nel Mondo, 2014.

47._____. NETTO, Theobaldo Spengler. *A Mediação e a Conciliação Propostas pelo Projeto 8.046/2010 (Novo Código de Processo Civil Brasileiro – CPC) como Mecanismo Eficazes de Tratamento de Conflitos.* Texto produzido mediante pesquisa junto aos projetos: *"Multi-door courthouse system – avaliação e implementação do sistema de múltiplas portas (multiportas como instrumento para uma prestação jurisdicional de qualidade, célere e eficaz financiado pelo CAPES/CNJ* e *" Acesso à justiça, jurisdição (in)eficaz e mediação: a delimitação e a busca de outras estratégias na resolução de conflitos"*, financiado pelos recursos do Edital FAPERGS nº 02/2011 – Programa Pesquisador Gaúcho (Pqg), edição 2011 e pelos recursos do Edital CNPq/CAPES nº 07/2011, Processo nº 400969/2011-4.

48. TARUFFO, Michele. *Paginas sobre Justicia Civil.* Ed. Marcial Pons, Madrid, 2009.

49._____. Cultura e Processo. In: Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, ano LXIII, n. 1, Marzo 2009. .

50. WARAT, Luís Alberto. *O ofício do mediador.* Vol. I. Florianópolis, Habitus, 2001.

DE SOUZA, Luciane Moessa. Mediação de Conflitos e o Novo Código de Processo Civil. *Acesso à Justiça, Direitos Humanos & Mediação,* 203.

51. WATANABE, Kazuo. "Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses – Utilização dos Meios Alternativos de Resolução de Controvérsias". In: *40 anos da Teoria Geral do Processo no Brasil. Passado, Presente e Futuro.* Orgs. Camilo Zufelato e Flávio Luiz Yarshell. Malheiros Editores, 2013.

52. WOOLF, Harry. *Civil justice in the United Kingdom.* The American Journal of Comparative Law, p. 709-736, 1997.

53. ZAMORRA Y CASTILLO. *Processo, autocomposição e autodefensa.* Cidade do México: Ed. Universidad Autónoma Nacional de México, 1991. p. 238.

54. http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra. Acesso em 30 de junho de 2014.

55. http://www.cnj.jus.br/images/programas/conciliacao/manual_mediacao_judicial_4ed.pdf. Acesso em 01 de julho de 2014.

56. http://www.uscourts.gov/Statistics/civilJusticeReformActReport.aspx. Acesso em 04 de agosto de 2014.

57. http://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules/part01. Acesso em 04 de agosto de 2014.

58. https://e-justice.europa.eu/content_mediation_in_member_states-64-ES-pt.do?clang=es. Acesso em 06 de agosto de 2014.

59. http://www.epa.gov/adr/adra_1998.pdf. Acesso em 09 de agosto de 2014.

60.http://adrnc.net/wp-content/uploads/2011/12/Resource-Page-UMA-Full-Version-for-USA-with-Comments_0.pdf. Acesso em 09 de agosto de 2014.

61.http://www.uscourts.gov/uscourts/rulesandpolicies/rules/2010%20rules/civil%20procedure.pdf. Acesso em 09 de agosto de 2014.

PEÇAS PROCESSUAIS

Representação de Inconstitucionalidade. Lei Complementar nº 4/2008, do Município de Barra do Piraí, que alterou o Plano Diretor sem assegurar qualquer espécie de participação popular. Violação ao princípio da gestão democrática e participativa que se extrai do art. 359, caput, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro. Parecer pela declaração de inconstitucionalidade da lei impugnada, com a correlata repristinação da legislação revogada.

Plano Diretor do Município. Ausência de participação popular. Inconstitucionalidade configurada.

ÓRGÃO ESPECIAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Representação de Inconstitucionalidade nº 2009.007.00048

Relator: Des. Alexandre H. Varella

Representante: Procurador-Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Representado 1: Prefeito do Município de Barra do Piraí.

Representado 2: Câmara Municipal de Barra do Piraí.

Representação de Inconstitucionalidade. Lei Complementar nº 4/2008, do Município de Barra do Piraí, que alterou o Plano Diretor sem assegurar qualquer espécie de participação popular. Inconstitucionalidade. Violação ao princípio de gestão democrática e participativa que se extrai do art. 359, *caput*, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro. Força normativa dos princípios constitucionais que permite a sua utilização como paradigma de análise na aferição da validade da legislação infraconstitucional. Parecer pela declaração de inconstitucionalidade da lei impugnada, com a correlata repristinação da legislação revogada.

E. Órgão Especial

I

1- O Exm. Sr. Procurador-Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro ajuizou Representação de Inconstitucionalidade visando à declaração de inconstitucionalidade da Lei Complementar nº 4, de 6 de novembro de 2008, do Município de Barra do Piraí.

2. A Lei impugnada, modificando disposições da Lei Complementar Municipal nº 01, de 11 de outubro de 2006 que instituiu o "Plano Diretor Participativo de Barra do Piraí", introduziu alterações no zoneamento do Município.

3. Sustenta-se, na Representação, que a Lei Complementar Municipal nº 4/2008 padece de vício material de inconstitucionalidade na medida em que afronta o disposto nos arts. 358, VIII e 359, *caput*, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, isto porque foi aprovada sem qualquer participação popular, sem estudos técnicos e de publicidade.

4. Cópia da Lei impugnada às fls. 12-13.

5. A medida cautelar requerida não foi apreciada.

6. O Município de Barra do Piraí, por seu Procurador-Geral, apresentou as informações de fls. 119/121, tendo realizado um resumo da tramitação do projeto de lei e de outros aspectos circunstanciais, concluindo, ao final, que a Lei Complementar nº 4/2008 é, efetivamente, inconstitucional.

7. A Câmara Municipal de Barra do Piraí apresentou as informações de fls. 123/126, tendo aduzido que (a) houve efetiva participação popular, isto porque foi expedido ofício ao Conselho Municipal de Barra do Piraí (COMBARRA) solicitando a sua manifestação a respeito da matéria, não olvidando-se que os vereadores também representam o povo; (b) a Câmara Municipal de Barra do Piraí não está adstrita ao parecer do COMBARRA. Ao final, pugnou pela improcedência do pedido formulado.

8. A douta Procuradoria-Geral do Estado apresentou a manifestação de fls. 143/145. Sustenta, em apertada síntese, que a Representação, em verdade, insurge-se contra a não realização de audiências públicas e de estudos técnicos aptos a embasar a Lei Complementar nº 4/2008, do Município de Barra do Piraí, o que denota a presença de um vício de ilegalidade, consistente na violação ao art. 40, § 4º, do Estatuto da Cidade, não de um vício de inconstitucionalidade. Opinou, assim, pela improcedência do pedido.

II

9. A Lei Complementar nº 4/2008, cuja inconstitucionalidade é afirmada pelo Representante, promoveu alterações na Lei Complementar nº 1/2006, que dispõe sobre o Plano Diretor do Município de Barra do Piraí. Como se constata pelos documentos de fls. 15 e ss., o processo legislativo que culminou com a edição da referida Lei Complementar não contou com nenhum tipo de participação popular: nasceu no âmbito do Poder Legislativo e ali foi concluído, inclusive com a rejeição do veto oposto pelo Exmo. Sr. Prefeito Municipal (fls. 40-41).

10. Nas informações prestadas, sustenta a Câmara Municipal de Barra do Piraí que a participação popular foi assegurada com a solicitação de pronunciamento do Conselho Municipal de Barra do Piraí (fl. 56) e, com maior razão, pela participação dos vereadores, que detêm um mandato eletivo (fls. 123-126). Essa conclusão, à evidência, não se sustenta. A uma, o Conselho Municipal de Barra do Piraí (COMBARRA), destinatário do Ofício nº 131/GP/2008, oriundo da Câmara Municipal, é órgão público, inserido na estrutura do Poder Executivo. A duas, a natureza jurídica do COMBARRA é

facilmente constatada ao verificarmos que o ofício endereçado ao órgão foi respondido pela Secretária Municipal de Obras (fls. 57-61). A três, comunicar a tramitação de projeto de lei a um órgão público não guarda qualquer similitude com o ato de franquear a participação da sociedade civil. A quatro, a legitimidade democrática dos vereadores não afasta a constatação de que a ordem jurídica, em diversas oportunidades, entende indispensável seja franqueada a participação popular na discussão de certas matérias; institutos como o referendo e o plebiscito, aliás, falam por si.

11. Face à constatação de que não ocorreu a participação popular na tramitação do Projeto de Lei Complementar nº 65/2008, ao que se soma a advertência da Secretaria Municipal de Obras de que a alteração do Plano Diretor teve como objetivo, único e exclusivo, o de atender a interesses especulativos (fl. 61), o que bem realça o potencial lesivo dessa omissão, foi ajuizada a presente Representação de Inconstitucionalidade.

12. Não obstante a autonomia política assegurada aos Municípios, a competência prevista no art. 358, VIII, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro ("promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano") há de ser exercida com estrita observância do art. 359, *caput*, da mesma Constituição, preceito que tem o seguinte teor, *verbis*:

> "Art. 359 - Na elaboração e na execução da política de desenvolvimento urbano e seus instrumentos legais, o Município observará o disposto nos artigos 182 e 183 da Constituição da República, de modo a promover e assegurar a gestão democrática e participativa da cidade e condições de vida urbana digna".

13. Os termos da norma constitucional tida como violada são bem incisivos ao dispor que o Município "observará" as normas constitucionais "de modo a promover e assegurar a gestão democrática e participativa da cidade". Será crível a tese de que a expressão "gestão democrática e participativa da cidade", não obstante inserida em um texto constitucional, carece de toda e qualquer força normativa? Ou será possível negar que toda e qualquer norma constitucional, ainda que apresente variações de intensidade e extensão, produz algum efeito na realidade, especialmente na força subordinante sobre a legislação infraconstitucional? Será aceitável a tese de que a ausência de participação popular na tramitação do projeto que culminou com a edição da Lei Complementar nº 4/2008 afronta, apenas, o Estatuto da Cidade, que estabeleceu o detalhamento dessa forma de participação? Com a devida vênia daqueles que pensam em sentido diverso, cremos que uma resposta positiva a qualquer desses questionamentos importará no correlato retorno aos primórdios do constitucionalismo, em que a Constituição nada mais era que um "conjunto de boas intenções".

14. Uma coisa é afirmar que a tramitação do projeto não observou o quantitativo de audiências públicas previstas nas regras inseridas na lei de regência. Coisa diversa é dizer que não foi realizada qualquer audiência ou ato de eficácia similar, sendo frontalmente violado o princípio de gestão democrática e participativa que se desprende do art. 359, *caput*, da Constituição estadual. Ou será que alguém, na atual quadra de evolução da ciência jurídica, terá o despautério de afirmar que os princípios não são normas e, em relação àqueles de estatura constitucional, que não podem ser utilizados como paradigma de confronto para aferir a validade das leis infraconstitucionais?

15. Com abstração do teor da legislação infraconstitucional, sempre será possível aferir, à luz dos aspectos circunstanciais que envolveram um concreto processo legislativo, se as medidas adotadas pelo Legislativo Municipal (*v.g.*: audiências públicas, debates, publicidade e acesso a documentos etc.) efetivamente atenderam ao princípio de gestão democrática e participativa. Isto, à evidência, não ocorreu na situação *sub judice*.

16. Em sede doutrinária,[1] já tivemos oportunidade de afirmar que "[o]s princípios, a exemplo das regras, carregam consigo acentuado grau de imperatividade, exigindo a necessária conformação de qualquer conduta aos seus ditames, o que denota o seu caráter normativo (dever ser).[2] Sendo cogente a observância dos princípios, qualquer ato que deles destoe será injurídico, consectário da inobservância de um padrão normativo cuja reverência é obrigatória.[3] Os sistemas abertos são marcados pela crescente importância atribuída às normas de estrutura principiológica, verdadeiras portas de entrada dos valores assentes no meio social, o que em nada compromete a sua imperatividade".

17. O princípio de gestão democrática e participativa, extraído do art. 359, *caput*, da Constituição estadual, termina por conferir maior densidade ao disposto no art. 2º da mesma Constituição, que dispõe que "[t]odo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição". A democracia participativa é mecanismo de aproximação do individual ao social, buscando, de forma incessante, a integração do *eu* ao *nós*. Sua *ratio* existencial reside na constatação de que problemas setoriais podem se transformar em problemas gerais, o que aconselha a participação contínua e responsável, no processo político, do verdadeiro detentor do poder. A democracia, conquanto seja essencialmente representativa, se transmuda em participativa naquelas matérias indicadas pelo Constituinte.

---

[1] Conflito entre Normas Constitucionais. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 178-179.

[2] Regras e princípios, como afirma Alexy, refletem uma dimensão deontológica (*dever ser*), apresentando-se como espécies do gênero norma (*Theorie...*, p. 72).

[3] Após afirmar que os princípios são normas dotadas de maior generalidade, observa Bobbio que a conclusão é justificada por duas razões básicas: (1) são extraídos das normas a partir de um processo de generalização crescente (*"se abstraio da espécie animal, obtenho sempre animais, e não flores ou estrelas"*) e (2) desempenham a mesma função cumprida por todas as normas, isto é, a função de regular um caso (*Teoria dell'Ordinamento...*, pp. 155/156).

18. *In casu*, tanto o Constituinte federal, como o estadual, exortam a necessidade de participação popular na confecção do Plano Diretor, tendo sido ambos solenemente ignorados pelo legislador municipal. E qual a razão de ser dessa previsão? A resposta é simples: a ordenação do solo urbano gera reflexos diretos na vida de todos os munícipes, que terão o seu patrimônio valorizado ou desvalorizado; a locomoção facilitada ou dificultada; enfim, terão suas vidas simplesmente transformadas a depender dos contornos atribuídos ao Plano Diretor. Os habitantes de Barra do Piraí, no entanto, tiveram que se contentar com a prudência e a capacidade crítica dos dez vereadores que rejeitaram o veto aposto pelo Exmo. Sr. Prefeito Municipal ao projeto de lei complementar nº 65/2008.

III

19. Pelas razões expostas, o parecer é no sentido de que seja declarada a inconstitucionalidade da Lei Complementar nº 4, de 6 de novembro de 2008, do Município de Barra do Piraí 2.229, com a correlata repristinação da legislação por ela revogada.

Rio de Janeiro, 13 de agosto de 2010.

Emerson Garcia
Promotor de Justiça
Assistente da Subprocuradoria-Geral de Justiça
de Atribuição Originária Institucional e Judicial

Aprovo.

Antonio José Campos Moreira
Subprocurador-Geral de Justiça
de Atribuição Originária Institucional e Judicial

Arguição de Inconstitucionalidade. Lei nº 1.390/2004, do Município de Arraial do Cabo, que institui "alvará para barcos de turismo" mediante pagamento de taxa anual. Cláusula de Reserva de Plenário prevista no artigo 97 da Carta Magna. Competência da União para explorar e legislar privativamente sobre navegação marítima e regime dos portos (arts. 21, XII, d e f, e 22, X, da CF). Taxa que só pode ser instituída em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição (art. 145, II, CF). Parecer pelo acolhimento do incidente, com eficácia exclusivamente endoprocessual.

ÓRGÃO ESPECIAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Arguição de Inconstitucionalidade nº 0000444-43.2005.8.19.0005

Arguente: Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça

Legislação: Lei nº 1.390/2004 do Município de Arraial do Cabo

Relator: Des. Luiz Fernando Ribeiro de Carvalho

PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Direito Constitucional. Arguição de Inconstitucionalidade. Lei nº 1.390/2004 do Município de Arraial do Cabo, que institui "alvará para barcos de turismo" mediante o pagamento de taxa anual, cujo valor varia de acordo com a capacidade de passageiros na embarcação. Modalidade de controle difuso da norma (*incidenter tantum*). Cláusula de Reserva de Plenário prevista no artigo 97 da Carta Magna. Competência da União para explorar e legislar privativamente sobre navegação marítima e regime dos portos (arts. 21, XII, *d* e *f*, e 22, X, da CF). Taxa que só pode ser instituída em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição (art. 145, II, CF). *Ad argumentandum tantum*, ainda que a matéria fosse de interesse local, autorizando atividade legislativa municipal, a instituição de alvará para barcos de turismo, *in casu*, esbarra na ausência de contraprestação estatal. Norma impugnada que não prevê qualquer requisito para a concessão do alvará, tão somente o pagamento anual e tabelado da elevada taxa, não tendo como fato gerador o exercício regular do poder de polícia. Manifesta inconstitucionalidade da Lei. Parecer pelo acolhimento deste incidente, com eficácia exclusivamente endoprocessual.

EGRÉGIO ÓRGÃO ESPECIAL,

1- Trata-se de Arguição de Inconstitucionalidade da Lei nº 1.390/2004 do Município de Arraial do Cabo suscitada pela Egrégia Quarta Câmara Cível no âmbito de ação de obrigação de não fazer proposta por Augusto Cesar Menezes Ramos de Azevedo em face do Município de Arraial do Cabo, objetivando ser desobrigado de cumprir a referida norma, que institui "alvará para barcos de turismo" mediante o pagamento de taxa anual, cujo valor varia de acordo com a capacidade de ocupantes na embarcação.

Afirma o autor que é profissional autônomo, trabalhando com barco de turismo no âmbito do Município de Arraial do Cabo, promovendo passeios e mergulhos náuticos há mais de 05 (cinco) anos, e que, no dia 15/12/2004, a Câmara Municipal de Arraial do Cabo aprovou a Lei n.º 1.390/04, instituindo a exigência de alvará para embarcações de turismo, impondo valores anuais com enorme discrepância e desproporção à capacidade de ocupantes nos barcos, qual seja, até 18 (dezoito) passageiros - R$200,00 (duzentos reais); até 50 (cinquenta) passageiros - R$400,00 (quatrocentos reais); e acima de 50 (cinquenta) passageiros - R$12.000,00 (doze mil reais).

Sustenta que a legislação municipal viola inúmeros dispositivos constitucionais, invadindo competência de outros entes federativos para regular a matéria, além de usurpar a atribuição da Capitania dos Portos em fiscalizar a atuação dos particulares, quando do exercício da função marítima.

Aduz que o ato normativo impugnado desrespeita os princípios constitucionais tributários da Igualdade e da Isonomia, bem como utiliza como fato gerador hipótese inerente à tributação do ISS.

Pugna pela antecipação dos efeitos da tutela para que o réu se abstenha de aplicar a Lei Municipal n.º 1.390 de 15/12/2004, sob pena de multa diária, com a declaração, ao final, da sua inconstitucionalidade.

Tutela antecipada deferida às fls. 24/28 (pasta 276).

Contestação às fls. 35/38, arguindo a preliminar de incompetência do Juízo em razão da inconstitucionalidade suscitada e, no mérito, sustentando que a instituição da taxa (alvará) questionada encontra respaldo no artigo 145 da Carta Magna, estando vinculada ao exercício do Poder de Polícia ou à utilização efetiva ou potencial de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte, ou ainda, postos a sua disposição. Pede o indeferimento do pedido (pasta 38).

Parecer do Ministério Público opinando pela extinção do processo sem julgamento do mérito por ilegitimidade da parte, com fulcro no art. 267, VI, do CPC e, caso recebida a declaração de inconstitucionalidade como pedido incidental, por sua improcedência (pasta 49).

A sentença declarou incidentalmente a inconstitucionalidade da Lei municipal nº 1.390/2004 e julgou procedente o pedido para declarar a inexistência de relação jurídica que autorize a cobrança de taxa para emissão de alvará de embarcações de turismo em detrimento do autor, convertendo em definitiva a tutela antecipada concedida. Condenou o réu ao pagamento

de honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) do valor da causa, isentando-o, contudo, do pagamento das custas processuais (pasta 206).

Inconformado, apela o Município arguindo as preliminares de ilegitimidade ativa *ad causam*, ausência de interesse de agir e incompetência do Juízo e, no mérito, repisando os mesmos argumentos deduzidos na peça de bloqueio, postulando a reforma da sentença para que o pedido seja julgado improcedente (pasta 216).

Decisão unânime, proferida pela egrégia 4ª Câmara Cível, instaurando o presente incidente e encaminhando os autos a essa colenda Corte (pasta 239).

Coube a relatoria ao Exmo. Sr. Desembargador Luiz Fernando Ribeiro de Carvalho (pasta 236).

Autos remetidos ao Ministério Público (pasta 507).

É o relatório, em suma.

2- Consubstanciada em controle difuso ou incidental (*incidenter tantum*) e fulcrada no artigo 97 da Constituição Federal, a presente Arguição envolve análise acerca da inconstitucionalidade da Lei nº 1390/04 do Município de Arraial do Cabo, que institui "alvará para barcos de turismo" mediante o pagamento de taxa anual, cujo valor varia de acordo com a quantidade de ocupantes da embarcação.

Assim dispõe a Lei ora impugnada:

> "Art. 1º - Fica instituído no município de Arraial do Cabo, o alvará para barcos de turismo".
>
> Art. 2º - O barco que não tiver seu alvará em dia, ficará proibido de pegar passageiros na marina.
>
> Art. 3º - Será obrigatório para os barcos de passeio turístico, legalizar a sua atividade junto à Secretaria de Fazenda, que emitirá um alvará para o exercício das atividades dos barcos, cobrando taxa de acordo com a tabela abaixo:
>
> Até 18 (dezoito) passageiros – R$ 200,00 Ano
>
> Até 50 (cinqüenta) passageiros R$ 400,00 Ano
>
> Acima de 50 (cinqüenta) passageiros R$ 12.000,00 Ano
>
> Art. 4º - O valor do alvará será renovado anualmente no período de 1º a 15 de janeiro.
>
> Art. 5º - Esta Lei entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário".

A sentença declarou incidentalmente a inconstitucionalidade da referida norma e julgou procedente o pedido para reconhecer a inexistência de relação jurídica que autorize a cobrança da taxa para emissão de alvará de embarcações de turismo em detrimento do autor, convertendo em definitiva a tutela antecipada concedida.

De fato, a norma se apresenta inconstitucional, na medida em que cuida de matéria afeta à navegação marítima, consistente na exploração comercial da atividade náutica, cuja atribuição, nos termos do artigo 21, XII, *d* e *f*, da Carta Magna, é da União.

Dispõe o citado dispositivo constitucional:

> "Art. 21. Compete à União:
> .....
> XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão:
> .....
> d) os serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território;
> f) os portos marítimos, fluviais e lacustres;".

A mesma Carta, no artigo 22, X, afirma que é da competência privativa da União legislar sobre regime de portos, navegação lacustre, fluvial, marítima, aérea e aeroespacial, ressalvando, no parágrafo único, que lei complementar poderá autorizar os Estados a legislar a respeito de questões específicas das matérias relacionadas naquele dispositivo.

Ad argumentandum tantum, ainda que o tema fosse de interesse local, como sustenta o apelante apoiado no artigo 30, I, da CF, autorizando a atividade legislativa municipal, a instituição de alvará para barcos de turismo, *in casu*, esbarra na ausência de contraprestação estatal, porquanto a norma impugnada não prevê qualquer requisito para sua concessão, tão somente o pagamento anual e tabelado da elevada taxa, não tendo como fato gerador, consequentemente, o exercício regular do poder de polícia.

Como cediço, nos termos do artigo 145, II, da Constituição Federal, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios podem instituir taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição.

No mesmo sentido, reza o artigo 77 do Código Tributário Nacional que "as taxas cobradas pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios, no âmbito de suas respectivas atribuições, têm 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".

Complementando o dispositivo acima, os artigos 78 e 79 do CTN assim dispõem:

> Art. 78. Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades

econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos. (Redação dada pelo Ato Complementar nº 31, de 28.12.1966).

Parágrafo único. Considera-se regular o exercício do poder de polícia quando desempenhado pelo órgão competente nos limites da lei aplicável, com observância do processo legal e, tratando-se de atividade que a lei tenha como discricionária, sem abuso ou desvio de poder.

Art. 79. Os serviços públicos a que se refere o artigo 77 consideram-se:

I - utilizados pelo contribuinte:

a) efetivamente, quando por ele usufruídos a qualquer título;

b) potencialmente, quando, sendo de utilização compulsória, sejam postos à sua disposição mediante atividade administrativa em efetivo funcionamento;

II - específicos, quando possam ser destacados em unidades autônomas de intervenção, de utilidade, ou de necessidades públicas;

III - divisíveis, quando suscetíveis de utilização, separadamente, por parte de cada um dos seus usuários.

Em tese, a taxa representa uma relação jurídica contraprestacional, de efeito remuneratório, pela utilização específica do serviço público de forma individual ou pelo exercício do poder de polícia.

Ora, na hipótese em comento, a simples leitura da Lei Municipal nº 1390/04 demonstra que não há qualquer atividade contraprestacional por parte do Município. Basta o pagamento da taxa arbitrada em valor exorbitante para se obter o "alvará para barcos de turismo", inexistindo qualquer requisito para sua concessão que provoque o funcionamento do poder de polícia.

Em suma, exige-se unicamente o pagamento do tributo, sem que haja a mínima contraprestação estatal ou causa que justifique o exercício do poder de polícia, o que vulnera flagrantemente o artigo 145, II, da Carta Magna, assim como seus artigos 21, XII, *d* e *f*, e 22, X, estes por ser da União a competência privativa para legislar sobre navegação marítima e regime dos portos.

Como bem destacado na sentença (pasta 456), "o Município não pode exercer qualquer tipo de fiscalização sobre as embarcações e sua conformidade às normas navais e técnicas, eis que tal missão é reservada às Capitanias dos Portos".

A propósito, o tema já fora apreciado em outro processo, de nº 0000330-07.2005.8.19.0005 (antigo nº 2005.005.000356-1), cuja sentença de procedência afastou, pelos mesmos motivos aqui expostos, a aplicação da Lei 1.390/04 do Município de Arraial do Cabo, sendo mantida por acórdão da Colenda 12ª Câmara Cível, sob a relatoria do eminente Desembargador Antônio Iloízio Barros Bastos (à época Jds. Des.), assim ementado:

"CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. LEI DO MUNICÍPIO DE ARRAIAL DO CABO. TAXA PARA FUNCIONAMENTO DE BARCOS DE PASSAGEIROS. O juízo de 1º grau pode exercer controle difuso de constitucionalidade. Competência da União para legislar sobre navegação marítima. Mesmo que se entenda que a matéria constitui assunto de interesse local, autorizando atividade legislativa municipal, a instituição de alvará para barcos de turismo esbarra na ausência de contraprestação estatal. Norma legal hostilizada que não prevê qualquer requisito para a concessão do alvará, de forma a exigir seja posto em funcionamento o poder de polícia municipal. Desprovimento do recurso".

Por fim, observe-se que o autor exerce atividade marítima há longos anos e possui as licenças necessárias, como se verifica pela documentação constante das pastas 262 (Capitania dos Portos), 263 (MMA, IBAMA e CNPT) e 264 (contrato de seguro), além de, naturalmente, já ser tributado pelo Município no campo de suas atribuições, nada justificando a incidência de uma nova cobrança sob o manto do "interesse local", se não atendidos os requisitos constitucionais e legais.

3- Face ao exposto, oficia o Ministério Público no sentido de ser acolhida a presente arguição incidental, declarando-se, no caso concreto, a inconstitucionalidade da Lei nº 1.390/2004 do Município de Arraial do Cabo, com eficácia exclusivamente endoprocessual.

Rio de Janeiro, 21 de agosto de 2014.

Luiz Roldão de Freitas Gomes Filho
Procurador de Justiça
Assistente da Assessoria
de Atribuição Originária em Matéria Cível

De acordo.

Marcelo Daltro Leite
Procurador de Justiça
Assessor-Chefe da Assessoria
de Atribuição Originária em Matéria Cível em exercício

Aprovo.

Ertulei Laureano Matos
Subprocurador-Geral de Justiça
de Assuntos Institucionais e Judiciais, em exercício

Ação direta de inconstitucionalidade da Lei Estadual nº 6.528/2013. Norma que esclarece conceitos jurídicos indeterminados constantes das normas constitucionais federal e estadual, as quais dispõem sobre o direito fundamental de reunião. Direito de reunião como expressão coletiva do direito de livre expressão de pensamento. Constitucionalidade da norma que veda o uso de meios para encobrir o rosto, posto que este é o elemento de identificação da pessoa por excelência. Improcedência dos pedidos iniciais formulados em ambas as representações. Declaração de constitucionalidade da Lei Estadual n. 6.528/2013.

ÓRGÃO ESPECIAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PROCESSOS nºs. 0053071-58.2013.8.19.0000 e 0052756-30.2013.8.19.0000

Representações de Inconstitucionalidade
Relator: Des. Sérgio de Souza Verani

Parecer do Ministério Público

Ação direta de inconstitucionalidade da Lei Estadual nº 6.528, de 11 de setembro de 2013. Norma que esclarece conceitos jurídicos indeterminados constantes das normas constitucionais federal e estadual, as quais dispõem sobre o direito fundamental de reunião. Direito de reunião como expressão coletiva do direito de livre expressão de pensamento. Vedação do anonimato previsto em relação ao direito de pensamento que se aplica ao direito de reunião. Constitucionalidade da norma que veda o uso de meios para encobrir o rosto, posto que o rosto é o elemento de identificação da pessoa por excelência. Possibilidade de a norma infraconstitucional exemplificar o conceito de arma previsto no art. 23, Constituição do Estado do Rio de Janeiro (art. 5º, XVI, CR). Constitucionalidade de norma estadual que define a autoridade competente para efeito de comunicação do ato de reunião para garantir aos participantes a devida segurança. Improcedência dos pedidos iniciais formulados em ambas as representações. Declaração de constitucionalidade da Lei Estadual n. 6.528/2013.

EGRÉGIO ÓRGÃO ESPECIAL,

I – Relatório do processo n. 0053071-58.2013.8.19.0000

A ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL – SEÇÃO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO propõe representação de inconstitucionalidade, com pedido de liminar, da Lei Estadual nº 6.528, de 11 de setembro de 2013, por ofensa aos arts. 9º, § 1º; 23, *caput* e § 1º; 72; 98 e incisos, todos da Constituição do Estado do Rio de Janeiro.

O representante sustenta, às fls. 02/27, em síntese, que:

1°) possui legitimidade ativa para propor a presente representação posto que a Constituição Republicana, no seu art. 125, § 2°, assim dispôs de forma expressa e a Constituição Fluminense também dispôs no mesmo sentido;

2°) a pertinência temática também se faz presente eis que entre a norma em exame e a ora autora existe um liame na medida em que o advogado, conforme disposto no art. 133, *caput*, da Constituição da República, é indispensável à administração da Justiça e a aludida norma atenta contra o direito fundamental de livre manifestação;

3°) ademais, a legitimidade ativa fica reforçada pela missão institucional que possui a OAB de defender a ordem jurídica nacional, de acordo com o art. 44 da Lei n. 8.906/94;

4°) a presente representação é cabível porquanto é em sede de ADI e, portanto, em sede de RI, que se aperfeiçoa o processo legislativo;

5°) a Lei n. 6.528/2013, ao regulamentar o direito de manifestação no Estado do Rio de Janeiro, violou formalmente os arts. 72 e 98 e incisos da Constituição Estadual e, bem assim, o art. 22, XIII, da Constituição da República na medida em que usurpou competência privativa da União;

6°) caso não se entenda cuidar aqui de matéria de competência da União, que se reconheça a competência legislativa municipal, uma vez que a lei traça posturas concernentes à organização urbana a partir da comunicação de realização de manifestações;

7°) há inconstitucionalidade finalística ou por vício de decoro parlamentar porquanto desde o início das manifestações, o representado vem atribuindo aos seus opositores as referidas manifestações e a *ratio* da lei em cheque é criar empecilhos ao direito de reunião e manifestação, além de criar exigências não previstas na Constituição da República;

8°) o art. 3°, § 1° da Lei n. 6.825/2013 além de afrontar o art. 72 da Carta Fluminense mostra-se desnecessário já que o art. 23 da Constituição Estadual e o art. 5°, XVI, da Constituição Federal dispõem de forma expressa que as reuniões devem ocorrer de forma pacífica e desarmada;

9°) ademais, a comunicação à autoridade competente jamais pode se dar na figura da autoridade policial, sendo autoridades policiais as Polícias Civil e Militar que não são responsáveis pela devida condução do direito de reunião, salvo nos casos definidos pelo parágrafo único do art. 23 da Carta Estadual;

10°) o Estado não pode censurar, inviabilizar ou restringir o núcleo essencial dos direitos fundamentais de manifestação, bem assim, o acesso à informação, de sorte que a vedação do uso de máscaras colide com o núcleo essencial do direito de manifestação;

11°) a norma impugnada é, ademais, desproporcional e não se coaduna com o ordenamento jurídico, acarretando danos irreparáveis à democracia e aos Direitos Fundamentais.

Requereu:

1. a concessão de liminar para que sejam suspensos os efeitos da norma impugnada até o julgamento da presente ação;

2. a intimação do Procurador-Geral de Justiça e do Procurador- Geral do Estado, bem como as autoridades das quais emanaram a Lei n. 6.528/2013 e, ao final, seja declarada a inconstitucionalidade da aludida norma, com efeitos *erga omnes* por violação aos arts. 9°, § 1°; 23, *caput* e § 1°; 72; 98 e incisos da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, bem como os arts. 22, I, XIII, XXI e art. 30, I, da Constituição Republicana.

Às fls. 34, despacho solicitando as informações de estilo e determinando o apensamento da presente representação à representação de n. 0052756-30.2013.8.19.0000 tendo em vista a identidade de objetos.

Às fls. 40/54, manifestação da Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro, na qual sustentou que:

1°) cuida-se de norma que busca proibir o uso de máscaras ou qualquer outro meio que impeça ou dificulte a identificação de participante de manifestação e tal proibição constituiria, segundo a representante, em afronta aos direitos constitucionais de manifestação de pensamento e de reunião;

2°) os aludidos direitos encontram-se albergados tanto na Constituição Republicana quanto na Constituição Estadual, entretanto, em uma democracia as pessoas não precisam se esconder por trás de máscaras para expressar seus pensamentos;

3°) a própria Constituição Republicana, que garante o direito à livre manifestação de pensamento, veda o anonimato vez que o anonimato impossibilita o direito de resposta;

4°) mais além, o art. 220 da Constituição Republicana cuida do direito individual de manifestação de pensamento, mas

seu § 1° impõe a observância do art. 5°, IV, V e X que vedam o anonimato e asseguram o direito à indenização nos casos de abuso;

5°) no caso em tela, vislumbram-se os direitos fundamentais de manifestação de pensamento e de reunião, sendo certo que o primeiro veda o anonimato e o segundo deve ser realizado de forma pacífica e sem armas, dessa forma, a Lei n. 6.528/2013 não restringiu, antes protegeu os referidos direitos;

6°) a Constituição Federal, no seu art. 144, 5°, outorga às Polícias Militares dos Estados a atribuição de manutenção da ordem pública e os Estados possuem competência para legislar acerca da proteção da aludida ordem;

7°) afirmou-se, ainda, que a norma em exame inviabilizaria o uso de vestes femininas que cubram o rosto das manifestantes e aqueles que defendem o uso de máscaras tentam se refugiar em exemplos de países nos quais as mulheres não recebem tratamento respeitoso e isonômico;

8°) há precedentes no Supremo Tribunal Federal acerca de normas que se mantidas no ordenamento jurídico acabariam por inviabilizar o direito de manifestação de pensamento e de reunião, porém tais precedentes não guardam relação com o caso em tela;

9°) a Lei n. 6.528/2013 não buscou criminalizar a utilização de máscaras em manifestações públicas, apenas buscou dar à Polícia Militar meios de coibir práticas que exponham a perigo manifestação pacífica feita por cidadãos desarmados e identificáveis;

10°) a norma impugnada é razoável porque disponibiliza para a Polícia Militar instrumentos para proteger manifestantes pacíficos de vândalos que se misturam à multidão para promover desordem;

11°) em diversos países democráticos do mundo o direito de manifestação é assegurado, mas é vedado o uso de máscaras em tais reuniões públicas.

Pugnou:

1. pelo indeferimento do pedido liminar;
2. pela improcedência do pedido;
3. pela declaração de constitucionalidade da Lei n. 6.528/2013.

Às fls. 56, despacho determinando a juntada da petição do Instituto dos Advogados do Brasil – *amicus curiae* – e posterior remessa à Procuradoria de Justiça para manifestação, em cinco dias, sobre a liminar.

Às fls. 57/67, informações da autoridade representada nas quais sustentou que:

1°) a representante ataca a Lei Estadual n. 6.528/2013 que visa a proteger o direito de reunião pública, estabelecendo hipóteses onde estará configurado o abuso de tal prerrogativa constitucional;

2°) o risco à liberdade de reunião está na tolerância ao vandalismo e às más intenções lançadas na petição inicial;

3°) às manifestações populares e pacíficas cujos objetivos são justas reivindicações vem se somando pequenos grupos que disseminam violência gratuita e vandalismo que desmobilizam os grupos pacíficos, inviabilizam o trabalho da imprensa e depredam bens públicos e privados;

4°) dessa forma, a utilização de máscaras neste contexto é proposital, não como forma de expressão, mas como meio de resistência e evasão à justa e proporcional atuação da autoridade policial;

5°) o diploma legal impugnado não buscou criminalizar os movimento sociais, ao contrário, visou a garantir que as manifestações ocorram dentro dos limites constitucionalmente estabelecidos;

6°) não se observa vulneração da competência normativa federal pois a lei n. 6.528/2013 tão somente definiu os elementos que descaracterizam a manifestação como pacífica, autorizando a atividade repressiva do Poder Público;

7°) o Estado do Rio de Janeiro pauta-se pelo respeito ao exercício do Direito de Reunião Pública, restringindo-se a norma atacada a explicitar os requisitos que permitem o afastamento do caráter pacífico da manifestação, ademais, não se exige autorização, mas tão somente a comunicação prevista no texto constitucional; não se restringe o trânsito dos manifestantes, mas única e exclusivamente resguarda-se o direito de outra manifestação previamente comunicada;

8°) ainda que o uso de máscara e o porte de bastões, artefatos incendiários e outros instrumentos de agressão fossem meios legítimos de expressão, a quantidade e qualidade de benefícios extraídos da Lei Estadual sob comento são tão evidentes que não se vê restrição relevante que justifique a invocação do postulado da proporcionalidade contida na peça exordial.

Às fls. 68/81, manifestação do Instituto dos Advogados do Brasil, na qualidade de *amicus curiae*, na qual alegou que:

> 1°) O Instituto dos Advogados Brasileiros, que é considerado de utilidade pública pelo Decreto Legislativo n° 4.753-A, de 28 de novembro de 1923, conforme artigo 2° de seu Estatuto, tem dentre o seus fins: a defesa do Estado democrático de direito e seus princípios fundamentais, o culto à justiça e o aperfeiçoamento da ordem jurídica legítima e democrática e, dessa forma, preenche os requisitos para postular na presente demanda como *amicus curiae*;
>
> 2°) foi proposta representação de Inconstitucionalidade, com pedido de liminar, pela Seccional da OAB/RJ arguindo a inconstitucionalidade da Lei 6.528, de 11 de setembro de 2013, que busca regulamentar o artigo 23 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, em afronta os artigos 9°, § 23, *caput* e §1°; 72; 98 e incisos da Constituição Estadual;
>
> 3º) há inconstitucionalidade formal vez que não pode uma lei estadual regulamentar direito fundamental expresso na Constituição do Estado do Rio de Janeiro, cujo art. 23 é norma de eficácia plena, não cabendo contenção de qualquer natureza, bem assim, não cabe ao legislador estadual regulamentar norma que o constituinte estadual demonstrou que assim não pretende ser contido ou limitado;
>
> 4º) há inconstitucionalidade material, pois não cabe regulamentar dispositivo constitucional restringindo direito fundamental de expressão coletiva, que é o direito de reunião;
>
> 5º) a proibição de anonimato para manifestação de pensamento na Constituição Estadual, cópia da Carta Federal, ao rezar que "é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato", trata de casos genericamente considerados para as manifestações individuais que pudessem acarretar afronta aos outros direitos dos indivíduos, dentre eles, a honra, a vida privada, a privacidade, indenizáveis por dano moral, material e imagem, por seus autores a terceiros lesados e daí a necessidade de identificação, assim como o direito de resposta;
>
> 6º) A lei estadual em comento mistura dois sentidos de cada norma distinta, isto é, "vedação de anonimato" , que visa aspectos indenizatórios, com a liberdade de reunião na expressão coletiva das passeatas e manifestações populares das ruas, protegidas constitucionalmente.

Requereu:

1. sua admissão na qualidade de *amicus curiae* nos autos da RI 0053071-58.2013.8.19.0000;

2. autorização para juntar o memorial;

3. a sua intimação de todos os atos do processo;

4. a autorização para sustentar oralmente na sessão de julgamento.

II - Relatório do processo n. 0052756-30.2013.8.19.0000

O DIRETÓRIO REGIONAL DO PARTIDO DA REPÚBLICA - PR propõe representação de inconstitucionalidade da Lei Estadual n° 6.528, de 11 de setembro de 2013, por ofensa ao art. 23 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro.

O representante sustenta, às fls. 02/26, em síntese, que:

> 1°) possui legitimidade ativa para figurar no polo desta representação, vez que é devidamente registrado perante o Tribunal Superior Eleitoral e possui atualmente representação junto à Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro onde possui bancada formada por 4 (quatro) deputados estaduais;
>
> 2°) Lei n. 6.528/2013 veio mascarada pela justificativa da necessidade de se reprimir eventuais atos de vandalismo em meio a protestos populares que tomaram lugar em todo o Estado do Rio de Janeiro e no Brasil e com este fundamento, o uso de máscaras foi considerado meio de ocultação de possíveis vândalos e arruaceiros;
>
> 3°) entretanto, a criação da nova lei ora vergastada colide frontalmente com direitos e garantias constitucionais previstos em nossa Carta Política Estadual;
>
> 3°) a questão subjacente ao presente controle concentrado de constitucionalidade está em saber: (i) se o Estado pode instituir outras restrições ao exercício do direito fundamental de livre manifestação em reuniões pacíficas além daquelas previstas nas Cartas Federal (art. 5°, XVI) e Estadual (art. 23) e; (ii) ainda que se admita como possível essa inovação no ordenamento parcial do Estado, se a restrição especificamente criada atinge o núcleo essencial do direito fundamental de livre manifestação;
>
> 4°) de acordo com a interpretação lógico-sistemática do ordenamento jurídico pátrio, somente se admite a regulamentação do direito de reunião para além das previsões presentes nas Cartas Estadual e Federal no tocante àquilo que diz respeito à organização do evento em si, ou seja, para

disciplinar a vedação ao uso de armas e a frustração de outras reuniões, assim, ao legislar fora desse limitado espectro, incorre-se em flagrante inconstitucionalidade;

5º) a liberdade de expressão, assim como a liberdade de reunião pacífica dos cidadãos, constituem direitos fundamentais intimamente ligados ao próprio valor da democracia e que, uma vez vilipendiados, como ocorre no presente caso, importam, inexoravelmente, em um atentado ao próprio Estado Democrático de Direito e não há democracia sem garantia do direito de manifestação e protesto, sem qualquer forma de limitação quanto aos meios ou modos de exercê-lo;

6º) inexiste no preceito fundamental que disciplina o direito de reunião qualquer vácuo principiológico a ser suprido por alguma norma infraconstitucional, ao contrário, tudo o que se precisa para a aplicação do citado preceito já se faz presente no próprio texto constitucional;

7º) apesar da proibição contida no art. 3º e incisos da norma em cheque, não foi estipulada qualquer sanção administrativa para o eventual descumprimento da norma cogente, o que nos remete à seara comum do direito penal;

8º) a mera proibição desprovida de uma sanção administrativa implica na possibilidade exclusiva de imputação do crime de desobediência no caso de descumprimento da lei ora vergastada e, dessa forma, o que se tem é uma invasão de competência legislativa que deveria estar reservada privativamente à União, por força do art. 22, I, da Constituição da República.

Requereu:

1. a concessão de medida cautelar *inaudita altera pars* para suspender preventivamente a vigência da Lei n. 6.528/2013;

2. a requisição de informações da autoridade representada;

3. as manifestações das Procuradorias Geral do Estado e da Justiça;

4. a procedência do pedido com a declaração de inconstitucionalidade da norma vergastada.

Às fls. 33, despacho solicitando as informações de estilo.

Às fls. 42/56, manifestação da Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro, na qual sustentou que:

1º) cuida-se de norma que busca proibir o uso de máscaras ou qualquer outro meio que impeça ou dificulte a identificação de participante de manifestação e tal proibição constituiria, segundo a representante, em afronta aos direitos constitucionais

de manifestação de pensamento e de reunião;

2º) os aludidos direitos encontram-se albergados tanto na Constituição Republicana quanto na Constituição Estadual, entretanto, em uma democracia as pessoas não precisam se esconder por trás de máscaras para expressar seus pensamentos;

3º) a própria Constituição Republicana, que garante o direito à livre manifestação de pensamento, veda o anonimato vez que o anonimato impossibilita o direito de resposta;

4º) mais além, o art. 220 da Constituição Republicana cuida do direito individual de manifestação de pensamento, mas seu § 1º impõe a observância do art. 5º, IV, V e X que vedam o anonimato e asseguram o direito à indenização nos casos de abuso;

5º) no caso em tela, vislumbram-se os direitos fundamentais de manifestação de pensamento e de reunião, sendo certo que o primeiro veda o anonimato e o segundo deve ser realizado de forma pacífica e sem armas, dessa forma, a Lei n. 6.528/2013 não restringiu, antes protegeu os referidos direitos;

6º) a Constituição Federal, no seu art. 144, 5º, outorga às Polícias Militares dos Estados a atribuição de manutenção da ordem pública e os Estados possuem competência para legislar acerca da proteção da aludida ordem;

7º) afirmou-se, ainda, que a norma em exame inviabilizaria o uso de vestes femininas que cubram o rosto das manifestantes e aqueles que defendem o uso de máscaras tentam se refugiar em exemplos de países nos quais as mulheres não recebem tratamento respeitoso e isonômico;

8º) há precedentes no Supremo Tribunal Federal acerca de normas que se mantidas no ordenamento jurídico acabariam por inviabilizar o direito de manifestação de pensamento e de reunião, porém tais precedentes não guardam relação com o caso em tela;

9º) a Lei n. 6.528/2013 não buscou criminalizar a utilização de máscaras em manifestações públicas, apenas buscou dar à Polícia Militar meios de coibir práticas que exponham a perigo manifestação pacífica feita por cidadãos desarmados e identificáveis;

10º) a norma impugnada é razoável porque disponibiliza para a Polícia Militar instrumentos para proteger manifestantes pacíficos de vândalos que se misturam à multidão para promover desordem;

11º) em diversos países democráticos do mundo o direito de manifestação é assegurado, mas é vedado o uso de máscaras em tais reuniões públicas.

Pugnou:

1. pelo indeferimento do pedido liminar;

2. pela improcedência do pedido;

3. pela declaração de constitucionalidade da Lei n. 6.528/2013.

Às fls. 57/75, informações da autoridade representada nas quais sustentou que:

> 1°) a representante ataca a Lei Estadual n. 6.528/2013 que visa proteger o direito de reunião pública, estabelecendo hipóteses onde estará configurado o abuso de tal prerrogativa constitucional;
>
> 2°) o risco à liberdade de reunião está na tolerância ao vandalismo e às más intenções lançadas na petição inicial;
>
> 3°) às manifestações populares e pacíficas cujos objetivos são justas reivindicações vem se somando pequenos grupos que disseminam violência gratuita e vandalismo que desmobilizam os grupos pacíficos, inviabilizam o trabalho da imprensa e depredam bens públicos e privados;
>
> 4°) dessa forma, a utilização de máscaras neste contexto é proposital, não como forma de expressão, mas como meio de resistência e evasão à justa e proporcional atuação da autoridade policial;
>
> 5°) o diploma legal impugnado não buscou criminalizar os movimento sociais, ao contrário, visou à garantir que as manifestações ocorram dentro dos limites constitucionalmente estabelecidos;
>
> 6°) não se observa vulneração da competência normativa federal pois a lei n. 6.528/2013 tão somente definiu os elementos que descaracterizam a manifestação como pacífica, autorizando a atividade repressiva do Poder Público;
>
> 7°) o Estado do Rio de Janeiro pauta-se pelo respeito ao exercício do Direito de Reunião Pública, restringindo-se a norma atacada a explicitar os requisitos que permitem o afastamento do caráter pacífico da manifestação, ademais, não se exige autorização, mas tão somente a comunicação prevista no texto constitucional; não se restringe o trânsito dos manifestantes, mas única e exclusivamente resguarda-se o direito de outra manifestação previamente comunicada;
>
> 8°) ainda que o uso de máscara e o porte de bastões, artefatos incendiários e outros instrumentos de agressão fossem meios legítimos de expressão, a quantidade e qualidade de benefícios extraídos da Lei Estadual sob comento são tão evidentes que não se vê restrição relevante que justifique a invocação do postulado da proporcionalidade contida na peça exordial.

Às fls. 77, despacho determinando a juntada da petição do Instituto dos Advogados do Brasil – *amicus curiae* – e posterior remessa à Procuradoria de Justiça para manifestação, em cinco dias, sobre a liminar.

III – Fundamentação sobre a Constitucionalidade da Lei n. 6.528/2013

A manifestação do Ministério Público a respeito da conformidade/desconformidade da Lei Estadual n. 6.528/2013 será fracionada em duas partes; na primeira serão apresentadas as razões a respeito da constitucionalidade da norma impugnada e, na segunda, enfrentadas as causas de pedir apresentadas em cada uma das representações de inconstitucionalidade, que serão objetos de julgamento simultâneo (art. 105, CPC).

Visando facilitar a compreensão da argumentação a ser desenvolvida, transcreve-se a lei impugnada, *verbis*:

LEI Nº 6528 DE 11 DE SETEMBRO DE 2013.

O GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Faço saber que a Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º O direito constitucional à reunião pública para manifestação de pensamento será protegido pelo Estado nos termos desta Lei.

Art. 2º É especialmente proibido o uso de máscara ou qualquer outra forma de ocultar o rosto do cidadão com o propósito de impedir-lhe a identificação.

Parágrafo único. É livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato.

Art. 3º O direito constitucional à reunião pública para manifestação de pensamento será exercido:

I - pacificamente;

II - sem o porte ou uso de quaisquer armas;

III - em locais abertos;

IV - sem o uso de máscaras nem de quaisquer peças que cubram o rosto do cidadão ou dificultem sua identificação;
V - mediante prévio aviso à autoridade policial.

§ 1º – Incluem-se entre as armas mencionadas no inciso II do *caput* as de fogo, brancas, pedras, bastões, tacos e similares.

§ 2º - Para os fins do inciso V do caput, a comunicação deverá ser feita à delegacia em cuja circunscrição se realize ou, pelo menos, inicie a reunião pública para manifestação de pensamento.

§3º - A vedação de que trata o inciso IV do caput deste artigo não se aplica às manifestações culturais estabelecidas no calendário oficial do Estado.

§4º - Para os fins do Inciso V do caput deste artigo a comunicação deverá ser feita ao batalhão em cuja circunscrição se realize ou, pelo menos, inicie a reunião pública para a manifestação de pensamento;

§5º - Considera-se comunicada a autoridade policial quando a convocação para a manifestação de pensamento ocorrer através da internet e com antecedência igual ou superior a quarenta e oito horas.

Art. 4º As Polícias só intervirão em reuniões públicas para manifestação de pensamento a fim de garantir o cumprimento de todos os requisitos do art. 3º ou para a defesa:

I - do direito constitucional a outra reunião anteriormente convocada e avisada à autoridade policial;

II - das pessoas humanas;

III - do patrimônio público;

IV - do patrimônio privado.

Art. 5º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Rio de Janeiro, em 11 de setembro de 2013.

Tema de primeira ordem é saber se o Estado pode restringir e regular referido direito.

Gilmar Mendes[1] reconhece que os direitos fundamentais podem sofrer restrições, desde que haja previsão constitucional para tal limitação, *erbis*:

> Os direitos individuais, enquanto direitos de hierarquia constitucional, somente podem ser limitados por expressa disposição constitucional (*restrição imediata*) ou mediante lei ordinária promulgada com fundamento imediato na própria Constituição (*restrição mediata*).

Robert Alexis[2] também admite que um direito fundamental pode sofrer restrições e, discorrendo sobre o direito de reunião na constituição alemã, afirma:

> A cláusula "pacificamente e sem armas" pode ser interpretada como formulação resumida de uma regra, que transforma os direitos *prima facie* decorrentes do princípio da liberdade

[1] , Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 28

[2] ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2ª edição, p.287

de reunião em não-direitos definitivos. Isso corresponde exatamente à definição de restrição fornecida acima. A regra expressa pela cláusula restringe a realização de um princípio constitucional. Sua peculiaridade consiste no fato de que foi o próprio constituinte que estabeleceu a restrição definitiva.

Um direito fundamental pode, portanto, sofrer restrição: diretamente, por cláusula constitucional, ou indiretamente, por norma infraconstitucional expedida com base em autorização constitucional.

O direito de reunião, garantido no art. 5º, XVI, Constituição da República, e no art. 23, Constituição do Estado do Rio de Janeiro, está condicionado ao exercício pacífico e à prévia comunicação à autoridade competente.

O direito de reunião, portanto, pode sofrer restrições porque o próprio constituinte originário estabeleceu o requisito da pacificidade como restrição direta, tendo, ainda, condicionado o exercício do direito à prévia comunicação à autoridade competente.

A natureza pacífica é elemento essencial do direito fundamental de reunião.

A ausência deste elemento implica, como afirma Alexis, em um não-direito.

Não há direito de reunião quando esta contém atos de violências física e psicológica.

Outra restrição direta é, na verdade uma condicionante (e não um elemento do próprio direito como o é a pacificidade), qual seja, a prévia comunicação à autoridade competente.

É uma restrição direta condicionante porque os próprios textos constitucionais utilizam a expressão "*sendo exigido*".

O inciso XVI, art. 5º, Constituição da República, contém a seguinte expressão: "*sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente*".

O art. 23, Constituição do Estado do Rio de Janeiro, contém a seguinte expressão: "*sendo exigido apenas prévio aviso à autoridade*".

Os textos constitucionais são semelhantes quanto à letra e idênticos em sentido quanto à norma que se extraí, isto é, em relação ao conteúdo normativo.

Não se dirá que a prévia comunicação não é cláusula restritiva porque o texto utiliza o verbo exigir, definido por Aurélio Buarque de Holanda Ferreira[3] como *impor a obrigação* ou *dever*.

A primeira parte da questão suscitada no início, que indagava se o Estado pode restringir direito fundamental de reunião, deve ser respondida no sentido de que o direito já contém duas restrições constitucionais, uma, de natureza elementar, outra, de natureza condicionante, de sorte que o Estado não pode criar outras restrições em sede infraconstitucional.

[3] FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário Aurélio*. Rio de Janeiro, Nova Fronteira, 1ª edição, p. 597.

Inadmissível, vale anotar, uma restrição infraconstitucional (restrição indireta) porque o texto constitucional não permitiu ao legislador ordinário liberdade de conformação.

Resta a segunda parte da questão, saber se o Estado pode regulamentar o direito fundamental.

As restrições, tal como estabelecidas nos textos constitucionais federal e estadual, estabelecem uma norma jurídica aberta, a depender de valoração a respeito das expressões "*pacificamente, sem armas*" e "*autoridade competente*" (ou, *autoridade*, como consta da Constituição Estadual).

As constituições não definem o conceito de pacífico, daí porque Alexis[4] anota:

No entanto, para se avaliar se uma reunião não é pacífica é necessário, em todos os casos duvidosos, uma interpretação do conceito de não-pacificidade.

Há que ser estabelecida uma ponderação racional a respeito da natureza da reunião em termos de violência/não violência, a exigir um exame dos meios de expressão prática do próprio direito fundamental.

Também a expressão "*sem armas*" exige um exercício racional para lhe definir o significado.

Paulo Gustavo Gonet Branco[5] esclarece que o termo "*armas*" pode ter uma interpretação variante para alcançar objetos que na essência não são armas, mas assumem esta natureza em razão do desvio de finalidade da coisa:

> Subtrai à reunião o seu caráter pacífico o fato de os seus integrantes portarem armas. O termo *armas*, aqui, tem significado amplo. Não apenas se refere àquelas de fogo, como também alude às armas brancas e aos instrumentos que, desvirtuados da sua finalidade, estejam sendo usados como meios de agressão (bastões de baseball, produtos químicos, etc.)

Se os termos constitucionais exigem um juízo de valor sobre seu conteúdo, não se afigura inconstitucional a regulação legal destes aspectos abertos da norma.

O Estado pode, portanto, regular o direito constitucional de reunião para definir melhor o conceito de pacificidade e para determinar a autoridade competente a quem deverá ser comunicada a realização da reunião.

Evidentemente, a regulação destes conceitos abertos não pode ser feita para restringir o direito de reunião, pena de inconstitucionalidade.

Feitas estas considerações teóricas, passa-se ao exame dos dispositivos que compõem a lei impugnada.

[4] ALEXIS, Robert. Op. Cit., p. 287/288.
[5] BRANCO, Paulo Gustavo Gonet *in* MENDES, Gilmar Ferreira et *all*. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 439.

O art. 1° da Lei n. 6.528/2013 vai ao encontro desta conclusão, na medida em que afirma que o direito de reunião pública está garantido, observada a interpretação dos conceitos constitucionais abertos realizada pela própria lei.

O art. 2°, *caput*, da Lei n. 6.528/2013 veda o *uso de máscaras ou qualquer outra forma de ocultar o rosto do cidadão com o propósito de impedir-lhe a identificação*, concluindo, em seu parágrafo único, que *é livre a manifestação de pensamento, sendo vedado o anonimato*.

O parágrafo único é mera repetição do inciso IV, art. 5°, Constituição da República, a dispensar maiores considerações.

O *caput*, por sua vez, é detalhamento da proibição de anonimato.

Pode parecer que o direito de reunião não tangencie o direito de expressão de pensamento, entretanto nada mais é do que o exercício coletivo deste direito individual.

Alexandre de Moraes[6] deixa claro esta correlação entre direito de reunião e liberdade de expressão de pensamento:

> Paolo Barile bem qualifica o direito de reunião como, simultaneamente, um direito individual e uma garantia coletiva, uma vez que consiste tanto na possibilidade de determinados grupos de pessoas reunirem-se para livre manifestação de seus pensamentos, quanto na livre opção do indivíduo de participar ou não desta reunião.

O direito de reunião é a expressão coletiva do direito individual da liberdade de expressão de pensamento.

Esta também a posição de Paulo Gustavo Gonet Branco[7]:

> A liberdade de reunião pode ser vista como "instrumento de livre manifestação de pensamento, aí incluído o direito de protestar". Trata-se de "um direito à liberdade de expressão exercido de forma coletiva".

Se é expressão coletiva do direito fundamental de liberdade de expressão de pensamento, ao direito de reunião se aplica a restrição do inciso IV, art. 5°, Constituição da República, que veda o anonimato.

Qualquer outra conclusão carece de fundamento lógico-sistêmico.

Daí porque constitucional o *caput* do art. 2°, que veda o uso de meios para ocultar a identificação do cidadão.

Se o direito de reunião é expressão coletiva do direito de pensamento,

[6] MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 79.
[7] BRANCO, Paulo Gustavo Gonet *in* MENDES, Gilmar Ferreira et *all*. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 437.

não pode o participante utilizar-se de meios para alcançar o anonimato.

O encobrimento do rosto em manifestação pública num regime democrático, em que os direitos fundamentais estão garantidos, não pode ser permitido exatamente porque implica no anonimato.

É fato notório, que dispensa prova fática ou argumentativa, que o rosto é o elemento principal de identificação da pessoa.

Se o rosto é coberto, tal fato implica necessariamente no anonimato, prática vedada pelo texto constitucional.

O *caput* do art. 2º é, em verdade, exemplificação da regra fundamental que garante a liberdade de expressão de pensamento, desde que o direito não seja exercido de maneira anônima, repetida no parágrafo único.

Aqui há uma inversão no padrão de elaboração das normas, segundo o qual, de regra, a norma geral localiza-se no *caput* do dispositivo, enquanto a norma exemplificativa ou especial constitui inciso ou parágrafo do dispositivo.

Logo, repita-se, é constitucional o art. 2º da Lei Estadual n. 6.528/2013.

O art. 3º da Lei Estadual n. 6.528/2013 merece exame seccionado.

O *caput* e os incisos I (pacificamente), II (sem armas), III (em local público) e V (prévia comunicação à autoridade) do referido art. 3º são mera repetição dos textos constitucionais federal e estadual e não merecem maiores considerações porque não necessitam de argumentação racional a respeito de sua constitucionalidade.

O inciso IV (sem máscaras...) do mencionado art. 3º encontra sua constitucionalidade na argumentação desenvolvida anteriormente a respeito do art. 2º, isto é, tem por base a vedação constitucional do anonimato.

Restam os §§ 1º até 5º do art. 3º, Lei n. 6.528/2013.

O § 1º exemplifica quais objetos podem ser considerados armas para efeito de impedir o reconhecimento da existência do direito fundamental de reunião.

Paulo Gustavo Gonet Branco, no texto anteriormente transcrito de sua obra, afirma que armas são todos os objetos que, desvirtuados de sua destinação imediata, possam ser usados como meios de agressão.

Logo, o § 1º, art. 3º, apenas esclarece, repita-se, conceito jurídico indeterminado e o faz de modo adequado porque não se afigura razoável, até aos olhos do homem comum, que pedras, bastões e tacos ou similares não possam ser verdadeiras armas contra pessoas e bens se desvirtuadas de sua destinação natural.

Se a própria doutrina entende que tais objetos podem ser transmudados em armas, pode a lei esclarecer que tais objetos serão considerados armas se utilizados como meios de agressão.

Este fato, como já dito, é tão óbvio que basta o recurso ao senso comum para ver que qualquer pessoa considerará uma pedra ou um bastão como arma se utilizado como meio de agressão.

A rigor a lei nem precisaria esclarecer tal fato, mas, levando em consideração o estágio atual em que se encontra o exercício da cidadania, o esclarecimento é adequado a fim de informar aos participantes de futuras manifestações em locais públicos sobre as vedações que constitucionalmente lhe são impostas, pena de não estarem preenchidos os elementos do direito fundamental de reunião.

O § 3º, art. 3º, que trata de excluir as manifestações culturais estabelecidas no calendário oficial do Estado da incidência da lei, não merece maiores considerações porque o direito de reunião não se materializa em ato estatal, mas em ato particular de expressão coletiva, de sorte que o inciso é de uma inutilidade flagrante.

Os §§ 2º, 4º e 5º, art. 3º, cuidam de regular a condicionante constitucional de prévia comunicação à autoridade competente.

Os §§ 2º e 4º obrigam a comunicação das polícias civil e militar e tal critério, dentro da liberdade de conformação do legislador para regular direito constitucional que contenha conceito jurídico indeterminado, não encontra óbice nos textos constitucionais federal e estadual.

Os textos constitucionais falam em comunicação à autoridade, cabendo ao legislador infraconstitucional a indicação da autoridade que, dentro da estrutura administrativa do Estado, deverá ser comunicada.

A tese aventada alhures de que a autoridade seria a municipal está correta, mas apenas em parte, pois se a administração das vias públicas pertence ao município, não é menos certo que a segurança dos participantes do evento, bem assim dos transeuntes e do patrimônio público e privado pertence às polícias estaduais.

A exigência de comunicação deve ser regulada, portanto, pelo município, mas também, pelo estado-membro, de modo que cada esfera de competência possa exercer a polícia administrativa que lhe competir, quer na administração das vias públicas, quer na segurança dos cidadãos e do patrimônio público e privado.

O § 5º, art. 3º, cria apenas uma presunção legal de comunicação, eximindo os organizadores do evento do ônus da comunicação, desde que tenha sido convocada a reunião por rede de computadores.

Não há, pois, qualquer inconstitucionalidade no art. 3º da Lei estadual n. 6.528/2013.

O art. 4º da Lei Estadual n. 6.528/2013, por fim, é mera repetição do parágrafo único do art. 23 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, fato que atesta sua constitucionalidade.

Não há, nesta linha de conta, qualquer desconformidade da lei n. 6.528/2013 com os textos constitucionais federal e estadual.

Passa-se ao exame das causas de pedir de cada uma das representações de inconstitucionalidade.

IV – Fundamentação do processo n. 0053071-58.2013.8.19.0000

A Ordem dos Advogados do Brasil – Seção do Estado do Rio de Janeiro é parte legítima para propor representação de inconstitucionalidade, conforme dispõe expressamente o art. 162, Constituição do Estado do Rio de Janeiro, sem qualquer necessidade de demonstração da pertinência temática porque a legitimação da entidade é geral em razão do disposto no art. 44, I, do Estatuto da Advocacia.

A primeira causa de pedir afirma a violação da regra de competência inscrita nos arts. 72 e 98 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, porquanto caberia à União legislar sobre direitos da cidadania e aos municípios sobre posturas de ordem pública.

O direito à reunião não é um direito de cidadania, mas direito fundamental que integra patrimônio jurídico até de quem não é cidadão. O estrangeiro, embora não seja cidadão, tem garantido em seu patrimônio jurídico os direitos fundamentais.

Este o princípio expressamente registrado no *caput* do art. 5º, Constituição da República:

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

Se não é direito inerente à cidadania, resta que não houve violação da competência da União prevista no art. 22, XIII, Constituição da República.

Não houve violação da competência municipal porque a polícia de segurança é atribuição do Estado-membro e este pode legislar sobre direito de reunião a fim de preservar tal direito fundamental sob o prisma da segurança policial.

Assim, não restaram afrontados os art. 72 e 98 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, eis que o conteúdo da norma impugnada encontra-se entre as competências dos Estados-membros.

A segunda causa de pedir seria a "inconstitucionalidade por vício e decoro parlamentar ou finalístico".

Não há regra ou princípio constitucional que preveja o alegado vício.

A terceira causa de pedir seria, mais uma vez, a violação da regra de competência do art. 72, Constituição do Estado do Rio de Janeiro, porque a lei teria definido determinados objetos como armas, sendo esta competência da União porque lhe caberia legislar sobre material bélico e sobre direito penal.

Custa crer que a norma estadual que equipare pedras, bastões, tacos e similares a armas para efeito de definição do direito de reunião possa ser considerada norma que defina material bélico.

Material bélico, previsto no art. 22, XXI, Constituição da República, é o conjunto de armas de guerra e não parece crível que aqueles instrumentos possam ser considerados como tais, ao menos nos tempos atuais. Há duzentos anos passados, talvez, mas, hoje, jamais.

Não se trata, ademais, de norma de natureza penal, pois não tipifica de fato delituoso, nem comina pena.

Desta sorte não restaram vulnerados os incisos I e XXI, art. 22, da Constituição da República, e, via de consequência, não violado o art. 72 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro.

A quarta causa de pedir consistiria na violação do art. 23, Constituição do Estado do Rio de Janeiro, porque o legislador estadual não poderia regular o direito de reunião e, ao fazê-lo, restringiu-o.

Já demonstrado em argumentação anterior que o direito de reunião, por conter conceitos jurídicos indeterminados, pode ser objeto de legislação infraconstitucional sem natureza restritiva, precisamente como ocorre em relação à norma impugnada, cuja constitucionalidade foi demonstrada.

Logo, não violado o art. 23, Constituição do Estado do Rio de Janeiro.

Por fim, o autor afirma a violação do princípio da proporcionalidade porque a vedação do uso de máscaras não se apresenta como o mais adequado.

O direito de reunião corresponde ao exercício coletivo do direito de expressão de pensamento, a que o constituinte veda o anonimato.

Logo, sendo a máscara um meio de garantir o anonimato, impede o reconhecimento do direito fundamental à reunião.

Se a norma veda aquilo que a Constituição também veda, não há qualquer violação do texto constitucional.

O pedido inicial deve ser julgado improcedente.

V – Fundamentação do processo n. 0052756-30.2013.8.19.0000

A legitimidade do autor está demonstrada pelo documento de fls. 12/13, eis que partido político com representação na Assembleia Legislativa, na forma do disposto no art. 162, Constituição do Estado do Rio de Janeiro.

A legitimação dos partidos políticos é geral e não se submete à comprovação da pertinência temática.

O autor alega vulneração do art. 23 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro porque a lei n. 6.528/2013 teria restringido o direito de reunião e, ainda que se admitisse a possibilidade de restrição, teria atingido o núcleo essencial do direito fundamental, em razão da vedação ao uso de máscaras.

Não assiste razão ao autor.

O direito de reunião não se compatibiliza com o anonimato, conforme já demonstrado, de sorte que a vedação ao uso de máscara nada mais é do que exemplificação da regra geral que veda o anonimato como condição para o direito de expressão de pensamento.

O autor alega, ainda, que a norma constitucional que prevê o direito de reunião não depende de regulamentação para o exercício do direito, de modo que a regulação infraconstitucional seria inconstitucional.

Não assiste razão ao autor ainda mais uma vez.

As normas constitucionais federal e estadual que preveem o direito de reunião contêm conceitos jurídicos indeterminados que podem ser definidos por norma infraconstitucional.

Certo é que o direito de reunião pode ser exercido sem qualquer norma regulamentadora, mas a existência desta sem criação de *novas* restrições não caracteriza, por si só, qualquer inconstitucionalidade, desde que apenas para esclarecer os conceitos jurídicos indeterminados, como ocorre no caso em exame.

Por fim, o autor alega a violação do art. 22, I, Constituição Federal, porque o legislador estadual teria criado um tipo legal de crime de desobediência.

A violação de norma constitucional federal não pode ser objeto de ação direta de inconstitucionalidade estadual.

O pedido inicial deve ser julgado improcedente.

VI - Conclusão

Diante do exposto, o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro pugna pelo indeferimento do pedido de medida cautelar e, no mérito, acaso aplicado aos processos o rito do art. 105, § 6º, do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, opina pela improcedência dos pedidos iniciais formulados nas representações de inconstitucionalidade n. 0053071-58.2013.8.19.0000 e n. 0052756-30.2013.8.19.0000, declarando-se, em razão do efeito dúplice das ações objetivas (art. 24, Lei n. 9.868/99), a constitucionalidade da Lei Estadual n. 6.528/2013.

Rio de Janeiro, 11 de novembro de 2013.

Marcelo Daltro Leite
Assistente da Assessoria
de Atribuição Originária em Matéria Cível

De acordo.

Carlos Cícero Duarte Júnior
Assessor-Chefe da Assessoria
de Atribuição Originária em Matéria Cível

Aprovo.

Sérgio Roberto Ulhôa Pimentel
Subprocurador-Geral de Justiça
de Assuntos Institucionais e Judiciais

Parecer do Ministério Público. Associações para o tráfico com outros grupos preexistentes. Crime organizado horizontalmente. Condenação pela prática de várias associações.

EMENTA: PARECER TÉCNICO DOUTRINÁRIO OFERTADO A "PEDIDO" DE ADVOGADO DE IMPUTADO DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO EM SEGUNDO GRAU. APRECIAÇÃO E LIMITE DE RELEVÂNCIA. MERO DOCUMENTO-INTERESSE A RETIRAR ISENÇÃO DOUTRINÁRIA. LITISPENDÊNCIA E COISA JULGADA. *NE BIS IN IDEM*. ASSOCIAÇÕES PARA O TRÁFICO COM OUTROS GRUPOS PREEXISTENTES. ASSOCIAÇÕES DIVERSAS. CRIME ORGANIZADO HORIZONTAL. NÃO CARACTERIZAÇÃO DE LITISPENDÊNCIA OU COISA JULGADA. MANUTENÇÃO DA CONDENAÇÃO POR PRÁTICA DE VÁRIAS ASSOCIAÇÕES.

6ª CÂMARA CRIMINAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Processo nº 0161052-27.2005.8.19.0001

Apelante: Antônio Francisco Bonfim Lopes (vulgo "Nem da Rocinha")

Vara de origem: 23ª Vara Criminal da Comarca da Capital

Relatora: Desembargadora Rosita Maria de Oliveira Netto

MANIFESTAÇÃO DO MINISTÉRIO SOBRE PARECER ACOSTADO AOS AUTOS

Colenda Câmara,

Consoante o douto parecer juntos aos autos, pelo advogado Dr. Jaime Fusco, patrono do imputado de associação para o tráfico de drogas, buscou-se "esclarecer" questões relativas à eventual ocorrência de litispendência ou coisa julgada nos processos que relaciona.

Em primeiro lugar, é preciso salientar que a validade de um "parecer" em feitos processuais criminais, por mais autorizado que seja o parecerista, só serve como mero documento, já que o julgador não pode se prender a qualquer "argumento de autoridade" e, dada à oficialidade do processo penal, diga-se de passagem, sua validade seria a mesma de uma peça elaborada por um assistente técnico na perícia, já que o profissional que as elabora recebe pagamento da parte para tal, não prestando qualquer compromisso e, não estando assim, sujeito às regras da suspeição como estão os julgadores e o próprio Ministério Público que é, sabidamente, *custos legis*.

Pode-se citar Frederico Marques, que comenta o similar trabalho elaborado por perito em laudo particular "encomendado" pela parte ou seu advogado:

> "Um trabalho dessa natureza possui o valor de simples parecer técnico (...) o magistrado criminal (da mesma forma que o juiz do cível) não está vinculado às conclusões (...) faculdade lhe é dada de confrontar as conclusões técnicas dos peritos judiciais com as do laudo extrajudicial, e até mesmo optar pela orientação deste, no tocante à interpretação científica dos dados e indícios que servem de base à perícia..."[1]

Aliás, como salienta Borges de Mendonça, ao comentar sobre o assistente, que aqui se equipara a um parecerista contratado:

> "Como o assistente é pessoa de confiança das partes, a ele, diversamente do que ocorre com o perito, não se aplicam as causas de suspeição e impedimento dos magistrados."[2]

Ora, se não se pode aplicar ao parecerista as normas sobre suspeição ou impedimento, sendo sabido que esses profissionais recebem altas quantias da parte para elaborar seu estudo, resta assim, evidente que irá procurar atender aos interesses daquele que o contratou nas conclusões de seu parecer, ainda mais na área jurídica, pois não é difícil encontrar posições a favor e contra diante do caso em concreto e, portanto, caberá ao juiz conferir o devido valor a esse "documento", dentro de sua livre convicção no exame das provas e do feito examinado em seu todo, sendo que a esse tipo de intervenção, como é claro, não se pode se dar a mesma valia do exame acurado de juízes e órgãos que atuem como *custos legis,* uma vez que, como dito, se trata de intervenção "encomendada" e "paga" pela parte acusada através de seu patrono.

Não se pretende aqui se discutir a validade e nem a prevalência em nosso direito do princípio do *non bis in idem,* segundo o qual " ninguém deverá ser submetido a um novo julgamento pelo mesmo fato delituoso", já que é evidente sua existência e seu mérito, sendo certamente aplicável no processo penal brasileiro, já que, tal garantia evita uma dupla acusação e julgamento pelo mesmo fato a um mesmo sujeito processual.

Não se desconhece, também, que Tratados e Convenções Internacionais garantem a prevalência dessa garantia no Processo Penal brasileiro, como se exemplifica com *o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos* e a *Convenção Americana dos Direitos Humanos* (Pacto São José da Costa Rica).

Ocorre que se irá demonstrar que a premissa utilizada pelo parecerista é falsa e, ao se embasar em falsas premissas, é inevitável o sofisma das conclusões do documento elaborado.

---

[1] MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal.* Vol. III, Campinas: Bookseller: 1997, p. 331-332.

[2] MENDONÇA, Audrey Borges de. *Nova Reforma do Código de Processo Penal.* São Pauo: Editora Método, 2008, p. 185.

Não há nenhuma incidência na hipótese de litispendência ou mesmo, como quer, de duplicidade de imputação e, cumpre ressaltar, inexiste qualquer relevância em se querer demonstrar a inadequação da expressão "litispendência" no processo penal.

Pode até se cogitar que o termo *litispendência* para o processo penal seria inadequado, na medida em que resulta de uma transmissão mecânica de categorias do processo civil, pelo fato de naquele não existir **lide**, de modo que a noção de "lides" pendentes seria imprópria. Ocorre que da mesma forma que se pode alegar que não existe "lide" nos termos do processo civil, pois nesse o conflito pode se resolver sem a intervenção do judiciário, se pode dizer como alguns que "a lide aqui é sempre preexistente", já que o conflito se faz presente pela oficialidade, sendo inevitável e imposto pela norma penal e sua sanção, considerando-se, ainda, que no processo penal "*ne procedat sine judicio*". Assim a lide seria imposta.

Ora, mesmo o fato de inexistir lide no processo ou sua natureza de "mera controvérsia", como dizia Carnelutti, não impede que chamemos uma eventual dupla imputação de litispendência, pois o fazemos em face da própria definição e denominação da lei processual penal e tanto é assim que a doutrina utiliza a expressão, já que assim está disposto no CPP quando se trata das exceções.

Segundo Vicente Greco Filho:

> "A litispendência é a situação que decorre de outro processo penal sobre o mesmo fato, entendido como fato da natureza, ocorrência da realidade, e não somente fato descrito na denúncia ou queixa".[3]

O que importa é que não é permitido o *bis in idem*, ou seja, ninguém pode ser julgado pelo mesmo fato duas vezes e, assim, existindo dois processos, sobre mesmo fato, correndo simultaneamente ("lide ou ação pendente"), em idêntico juízo ou em dois juízos diferentes, dar-se-á a litispendência, que pode ser arguida via exceção.

Consoante Tourinho:

> "A litispendência tem como efeito importantíssimo impedir a duplicação da ação, isto é, enquanto houver uma lide pendendo de julgamento, não poderá ser instaurado outro processo contra a mesma pessoa e pelo mesmo fato. Se tal ocorrer, a parte poderá, por meio da *exceptio litispendentiae*, evitar o *bis in idem*."[4]

[3] GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 158.
[4] TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. Vol. II, 23ª ed., São Paulo: Saraiva, 2001, p. 578.

Qualquer que seja o nome que se der, litispendência ou duplicidade de acusação, o fenômeno é o mesmo, não tendo qualquer relevância discussões sobre a inadequação ou não da expressão no processo penal, a não ser para se mostrar "erudição" ou para se discutir "tese acadêmica", de forma a fazer prevalecer um ponto de vista ou para fins, simplesmente, de se aumentar o arrazoado, o que não traz nenhuma "utilidade" para o processo, pois a doutrina em peso se utiliza da expressão litispendência e nada se altera se utilizarmos outra denominação.

O que deve ser examinado objetivamente é se existe duplicidade de acusações (a se configurar litispendência) em curso relativas ao mesmo réu, visando um mesmo pedido e pelo mesmo fato.

Ora, para que ocorra a litispendência ou "duplicidade de imputação", deve haver entre as duas demandas identidade de **pedido, de partes** e **de causa de pedir**. Assim, no processo penal deve haver dois feitos com pedido de condenação (***petitum***), com partes idênticas (***personae***) e mesmo fato imputado (***causa petendi***).

No caso em concreto se tratam de processos penais, onde o pedido é sempre de condenação, e as partes coincidem, pois são ações penais públicas, onde o titular é sempre o Ministério Público (salvo caso de ação penal privada subsidiária da pública), e o imputado um dos conhecidos chefes do tráfico carioca, que contratou o parecerista, encomendando o parecer, através de seu patrono, figura no polo passivo dessas diversas ações, **porém, e aqui o início das falsas premissas, a causa de pedir ou fato da natureza é outro. As ações são diversas e não tratam do mesmo fato.**

Portanto, o que é certo é que para que ocorra a litispendência deverá haver entre as várias demandas identidade de **pedido, de partes** e **de causa de pedir**. Assim, no processo penal deve haver dois feitos com pedido de condenação (***petitum***), com partes idênticas (***personae***) e mesmo fato imputado (***causa petendi***).

E, em se tratando de processo penal, apesar de o pedido ser sempre de condenação, e, assim, conforme Ada Pellegrini Grinover:

> "o pedido é sempre genérico, pois é ao juiz quem cabe, mesmo em antagonismo com a acusação, impor as sanções que possam decorrer do reconhecimento da procedência da imputação. Por isso, sublinhou Frederico Marques, o *petitum*, na ação penal condenatória, é elemento de muito pouca importância para individualizá-la"[5].

Aqui também as partes coincidem, pois é ação penal pública, e o imputado é o mesmo em diversas ações, mas ocorre que a **causa de pedir ou fato da natureza é outro como já se demonstrou.**

[5] GRINOVER, Ada Pellegrini. O Processo-III série. *Estudos e Pareceres de Processo Penal*, Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p.296 (citando Frederico Marques...Elementos..Vol.II, p. 240).

É que **se alterado o fato da natureza** (*v.g.*, a denúncia imputa o fato de subtrair em determinada data e na verdade ocorreu o recebimento da coisa furtada para guarda, em data diversa), não haverá identidade de causa de pedir. **Para que ocorra a litispendência, é necessário que haja completa identidade da demanda.**

Ora, consoante bem apontou Tourinho, "Desde que se trate da mesma infração penal e desde que o réu seja o mesmo, poderá ser levantada a *exceptio*".[6]

Ademais, conforme Julio Mayer,

> nos casos de **litispendência** e de **coisa julgada,** trata-se impedir que a imputação concreta, como atribuição de um comportamento determinado historicamente, se repita, qualquer que seja o significado jurídico que lhe tenha sido dado, em uma outra ocasião. Olha-se o fato como **acontecimento real, que sucede em um lugar e em um momento determinados,** sem que a possibilidade de subsunção em distintos conceitos jurídicos afete a regra, permitindo uma nova persecução, sob uma valoração distinta da anterior.[7]

Se houvesse litispendência, o imputado a teria arguido via exceção, e isso deveria ser feito no **juízo em que foi instaurado o segundo processo**, pois a litispendência se daria onde ocorre a repetição. Entende-se que, por analogia ao CPC, segundo processo será aquele onde **ocorreu a segunda citação** (art. 219 do CPC), já que a citação válida é o marco inicial da litispendência.[8] Ou ainda poderia ter adentrado com *Habeas Corpus*.

Não o fez porque nunca houve qualquer litispendência, tanto que não foi alegada pelo imputado e, agora, preclusa a via da exceção procura levantá-la como preliminar de apelação.

Verdade ainda que não se permitindo no processo penal o *bis in idem* , e se ninguém pode ser processado pelo mesmo fato duas vezes, também não se poderia se dar dois julgamentos relativos ao mesmo fato, sob pena de ofensa à coisa julgada.

Tal "coisa julgada" também poderia ser arguida via exceção, e assim não foi feito pelo imputado, justamente porque esta não ocorreu. Aliás, poderia por esse motivo ter adentrado com *habeas corpus*, caso houvesse realmente ocorrido o vício.

A diferença da coisa julgada e da litispendência, é que no caso de sentença transitada em julgado em um dos processos, teremos coisa julgada e não litispendência, mas, igualmente, deverá haver entre as duas ou mais demandas com identidade de **pedido, de partes** e **de causa de pedir**, sendo, no caso de coisa julgada, que em uma já ocorreu decisão absolutória ou condenatória **transitada em julgado, de igual pedido** (***petitum***), com partes idênticas (***personae***) e mesmo fato imputado (***causa petendi***).

[6] Ob. cit., p. 579.
[7] MAIER, Julio B.J.. *Derecho Procesal Penal*. 2ª ed., Buenos Aires: Del Puerto, 1996, tomo I, p.606-7.
[8] Cf. Mirabete, *Processo Penal*, 18º ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 210.

Mas, no caso em exame, não houve nem litispendência e nem coisa julgada.

A identidade do pedido nós temos evidentemente, pois o pedido na ação penal pública deve ser compreendido como o **de condenação**, não importando a qualificação jurídica.

Aliás, consoante Tourinho, no processo penal "desnecessário para invocação da **coisa julgada** o requisito da *eadem res*, porquanto, no penal, o *petitum* é sempre o mesmo: inflição de uma pena".[9]

Destarte, bastará a coexistência de dois elementos: *eadem causa petendi* e *eadem personae*. Identidade de fato e de réu.

Se temos figurando o ora imputado nessas diversas ações, como se verá o temos **em cada uma aliado a outros agentes que se diferenciam em cada processo e o mais relevante "aqui não temos o mesmo fato"**, como já visto, já que conforme exemplo já dado, **se alterado o fato da natureza** (*v.g.*, a denúncia imputa o fato de subtrair em determinada data e na verdade ocorreu o recebimento da coisa furtada para guarda, em data diversa), não haverá identidade de causa de pedir, pois, como na litispendência, para que ocorra a coisa julgada se faz necessário que haja completa identidade da demanda.

Portanto se **fato não é mesmo, não há que se falar em litispendência ou mesmo em coisa julgada.**

Como muito bem retratado pelo Ministério Público, às fls. 549/550, em manifestação acerca do pedido formulado pela defesa, o réu não está sendo processado nestes autos exatamente pelos mesmos fatos que originaram os outros dois processos (36ª Vara Criminal e 33ª Vara Criminal). **Na verdade, temos causas de pedir diversas.**

Apesar de estarmos diante do mesmo tipo penal, ou seja, **crime de associação para o tráfico,** temos que os locais são **completamente diversos, bem como seus comparsas nos vários processos.**

Qualquer pessoa que trabalhe na área da justiça no Rio de Janeiro, ou mesmo qualquer pessoa da comunidade onde se dá o tráfico ou mesmo populares comuns residentes nessa Capital, sabem que em face da especial característica da capital carioca, onde os Morros ou Comunidades se espalham por vários bairros, em cada uma das localidades se tem uma chefia e organização menor ou "braço" de tráfico e que é muito comum que poderosos traficantes de outro Morro ou chefe de uma associação primária poderão e sempre o estão fazendo, se unir em associações com outras chefias ou comando de tráfico, originando daí **outra associação**, para o fim de expandir o ganho ilícito e, assim, influir e até dominar em certa área, melhor se opondo ao poder público e, por isso, dois ou três integrantes podem figurar em várias associações diversas e, consequentemente, em processos diversos, mas os demais integrantes de cada associação independente e de cada processo são integrantes de outra associação e de outra Comunidade.

O presente feito retrata a hipótese de associação para o tráfico de drogas no Morro da Rocinha, com quatro infratores.

---

[9] Ob. cit., p. 587.

Nos outros feitos, há uma abrangência muito maior, com outros bairros que circundam a Barra da Tijuca (mas com considerável distância), com um número muito maior de comparsas.

Como muito bem exemplificou o douto Promotor de Justiça Dr. Marcelo de Lyra Filho, em manifestação: "O fato de o réu fazer parte de uma quadrilha, não implica automaticamente na impossibilidade do mesmo se relacionar e/ou se associar com outros meliantes, no mesmo ou em outros locais (ainda que próximos), seja para a mesma finalidade, seja com distinto objetivo". Também, evidentemente, tal imputação não se confunde com os crimes de variada espécie, inclusive os atos ilegais de mercancia específicos que pudessem ser cometidos (e o foram) pelo bando.

Apenas a guisa de exemplificação: se um criminoso trafica com A, B e C numa Favela "X", o mesmo também poderá fazê-lo com A, B, C e F, no Morro da Rocinha, atuando em ambos os casos com estabilidade e permanência, não constituindo as duas gangues, necessariamente, a mesma organização criminosa, ainda que se relacionem e tenham "iguais objetivos."

Na verdade, competiria à Defesa demonstrar que todos esses fatos são idênticos, não sendo suficiente a mera reprodução de processos, constantes de registros criminais ou " mesmo quadro sinóptico demonstrado que um, dois ou três sujeitos figuram no mesmo feito".

Ora, não se está trabalhando com diversidade de julgados onde através de confrontos analíticos se demonstra que as decisões são divergentes, trabalha-se aqui com fatos e, assim, ante a diversidade de organizações caberia à defesa demonstrar que a origem era a mesma, o que efetivamente não consegue demonstrar apesar do esforço em fazer jus à encomenda do parecer feita pelo advogado do traficante. Aliás, a força do acusado é tão grande que é sabido que no Rio de Janeiro mantém escritórios de advocacia pagos mensalmente e regiamente para procurar descaracterizar as diversas associações e mesmo defender os integrantes de associações diversas que durante certo lapso de tempo mantém estáveis associações paralelas.

Desse modo, a pretensão da defesa deve ser rechaçada, visto que estamos diante de causas de pedir diversas e, consequentemente, fatos distintos, não sendo hipótese de prevenção, litispendência ou coisa julgada, inexistindo, assim, o alegado *bis in idem*.

Havendo coisa julgada, o réu, como o promotor, pode arguí-la via exceção, sempre no juízo em que ainda exista processo em andamento, uma vez que a coisa julgada será oposta no feito onde ocorre a repetição da causa.

De acordo com o art. 110, § 2º, do CPP, a exceção de coisa julgada somente poderá ser oposta em relação ao fato principal que tiver sido objeto da sentença, e, assim, não caberá a exceção por questões secundárias, como, *v.g*, fundamentação da sentença e fatos incidentais ou prejudiciais. O fato, portanto, deve ser o correspondente à imputação, ou fato material imputado ao réu, não importando sua qualificação jurídica, como visto supra.

Alega o parecerista que em relação à coisa julgada "quando há concurso formal, crime continuado ou concurso material, deve-se ter muita cautela na análise do fato natural, pois tal "excluiria processos parciais, como seriam os julgamentos distintos sobre delitos concorrentes em um só episódio face a uma eventual omissão da imputação".

A argumentação jurídica impressiona, mas é de novo, uma falsa premissa que conduz a um "sofisma", já que em associações diversas não temos concursos a serem julgados em um mesmo feito e nem se desafiaria uma "unificação de processos". Ora, são associações criadas após o rompimento de outra ou mesmo como braço de outra visando interesses diversos, conluios diversos, beneficiários diversos. Muitas vezes formadas depois que "cai" um chefe de outra associação, se aproveitando outra facção para formar, mediante outras condições ou outro *pacto* , trata-se, assim, de associação outra.

Em se aceitando a "tese" defendida, em sendo o delito do art. 35 da Lei 11.343/2006, assim como o crime de associação criminosa (art. 288 do Código Penal), qualificado como permanente, um traficante contumaz como é o acusado deste processo, que está sempre formando outras associações diversas para escapar da repressão, aumentar o lucro e seu domínio, só poderia ser condenado uma única vez por crime de tráfico ou de associação, mesmo se preso, perdendo o poder e depois pego novamente por ação de tráfico e a outra facção se associando novamente, mesmo que em outro local e com outros meliantes.

Só se compreende essa digressão por parte de quem está afastado da realidade dos mecanismos das associações criminosas no Rio de Janeiro, por mero desconhecimento dessa, procurando aliar teses e conceitos jurídicos à realidade onde não se ajustam.

Não tem razão, assim, o parecerista, pois como já se demonstrou tratam-se de **fatos diferentes**.

Aqui transcrevemos as contrarrazões da Ilustre Promotora de Justiça Dr.ª Beatriz Leal de Oliveira, que de forma minuciosa, analisou e resumiu todos os processos em que o réu figura como parte, comprovando que o réu se associa com organizações criminosas para o tráfico ilícito de drogas com várias pessoas diferentes, bem como em localidades distintas.

Dessa feita, não é plausível o acolhimento da alegação de litispendência ou coisa julgada, eis que nos vários processos em que o réu responde ou já foi condenado, está plenamente comprovada a existência **de associação diferente (fato diverso)** para o cometimento de ilícito, **com partes e localidades distintas,** sendo assim, inexistem as mesmas causas de pedir e partes.

Ademais, para analisar eventual litispendência ou coisa julgada, não se pode restringir-se meramente ao fator temporal, mas também deve-se observar decisivamente a quem o referido acusado estaria associado em cada um dos feitos, havendo, além disso, especificidades em alguns feitos quanto à localidade em que ocorreram as condutas criminosas (há feitos que não se referem somente à **favela da Rocinha**, mas também à **Favela do Vidigal, ao Morro São Carlos** e, com relação ao feito que tramita na **25ª Vara Criminal** da Capital, **a Cruzada São Sebastião**), como se passa a demonstrar.

No processo nº 0027260-11.2004.8.19.0001, por exemplo, a acusação versa sobre o fato de o réu Antônio Francisco Bonfim Lopes encontrar-se associado a Zeus Pereira de Vasconcelos e a Antônio Ancelélio Lira Sales.

Já nos autos de nº 0323696-38.2010.8.19.0001, que tramita junto ao Juízo da **29ª Vara Criminal da Capital**, a imputação versa sobre o fato de o réu Antônio Francisco Bonfim Lopes encontrar-se associado, dentre outros, a Vanderlan Barros de Oliveira, a Maria das Graças de Souza Rangel e a Marcelo Xavier da Costa, os quais não são réus em outros processos.

Nos autos de nº 0442125-66.2007.8.19.0001, cuja tramitação se dá perante o Juízo da **38ª Vara Criminal da Capital**, a imputação versa sobre o fato de o réu Antônio Francisco Bonfim Lopes encontrar-se associado, dentre outros, a João Rafael da Silva, a Saulo de Sá Silva, a Arthur Silva Pereira, a José Cavalcanti de Souza Filho, a Inácio de Castro Silva, a José Carlos de Oliveira, a Jorge Luiz da Silva Souza, a André Monteiro Lino, a Luiz Cláudio da Silva, a Raphael Nascimento Paulino, a José Roberto da Silva, a Paulo Sérgio da Silva, a Thiago Martins Cafiero, a Antônio Inácio da Silva e a Alexandre de Andrade Marques, fazendo referência, **além da Rocinha, também à localidade Parque da Cidade**, como sendo área de atuação do acusado Antônio Francisco Bonfim Lopes.

Nos autos de nº 0399444-13.2009.8.19.0001, que tramitam no Juízo da **36ª Vara Criminal da Capital**, não obstante a existência de 219 acusados, a imputação versa sobre a manutenção de um "laboratório" de refino de cocaína nas localidades **Favela da Rocinha e Morro São Carlos**, tendo sido imputado ao acusado Antônio Francisco Bonfim Lopes, não o crime de associação para o tráfico, mas o crime previsto no art. 33, § 1º, inciso, da Lei nº 11.343/2006.

Nos autos de nº 0409328-66.2009.8.19.0001, cuja tramitação se dá no Juízo da **40ª Vara Criminal da Capital**, a imputação versa sobre o fato de o réu Antônio Francisco Bonfim Lopes encontrar-se associado a Vanderlan Barros de Oliveira, a Victor Felipe Evangelista da Silva, a Cristiano Santos Guedes e a Antônio Alessandro Alves da Silva, como se pode ler na denúncia ofertada neste feito. Contudo, com exceção do acusado Vanderlan, ao qual também lhe foi imputado o fato de encontrar-se associado ao acusado Antônio Francisco, o mesmo não se pode dizer dos demais imputados.

Finalmente, o feito que tramita no Juízo da **25ª Vara Criminal** da Capital (autos de nº 0065948-32.2010.8.19.0001), se refere à associação para o tráfico realizada na localidade conhecida como **Cruzada São Sebastião**, localizada no Leblon (e não a localidade da Rocinha), além de a imputação versar sobre o fato de o réu Antônio Francisco Bonfim Lopes encontrar-se associado, dentre outros, a Jairo Ramos de Souza e a Carlos Rodrigues Eduardo.

Os locais são diferentes e as associações são diversas. Fazer crer que existe identidade de local entre a Favela da Rocinha e a Favela do Vidigal, entre o Morro do São Carlos e a Cruzada São Sebastião com o Parque da Cidade, é querer brincar com a polícia, os julgadores e os membros do Ministério Público, que bem conhecem o Rio de Janeiro e que atuaram nos respectivos feitos. Ora, basta o conhecimento geográfico do Rio para se derrubar a tese esposada, e, nesse ponto há de se perdoar o parecerista, pois o mesmo, como é sabido, exerce

suas atividades de advogado e professor, diga-se de passagem, com maestria, no Rio Grande do Sul.

Inexiste abrangência ou identidade temporal na extensão como se quer fazer parecer e tal também não se tem uma abrangência de áreas de atuação. Não existe qualquer óbice para associação diversa, por tudo o que já se demonstrou, pois, para o tráfico e seu comando se impor e prevalecer está constantemente realizando novas associações, e formando vários braços ou tentáculos como um grande "polvo" considerando esse o tráfico (que é o que visam associações organizadas).

Aliás, a atuação do imputado em outras áreas de atuação que já são bem delineadas e divididas por outros grupos, ao contrário do que procura demonstrar o parecerista é demonstração inequívoca de associações diversas.

De acordo com Gamil Föppel, na associação ou organização criminosa,

> **"As áreas de atuação são bem divididas e delineadas,** com vista a evitar os indesejáveis problemas causados pela "concorrência"... demais disso, corolário à especialização das atividades é a **interrelação existente entre as diversas modalidades de criminalidade organizada.** É como se houvesse um elo, um vínculo entre todas as organizações. Ou seja: cada uma delas buscaria a especialização, mas estariam todas coligadas e reunidas". Conquanto existisse a especialização que asseguraria o êxito individual, seria absolutamente indispensável que ocorresse intercâmbio..." **(grifos do autor).**[10]

Assim, é o que restou acima afirmado, o imputado, sabendo que a área de domínio era outra e já dividida, procurava com ela se associar: surgia daí nova associação ou novo "braço" e daí a força desse imputado, considerado um dos maiores traficantes do Rio de Janeiro.

Atento a esse fato, o legislador brasileiro, recentemente, na Lei nº 12.850/2013, criou causa de aumento de pena no seu art. 2º, §4º, quando " a **organização criminosa mantém conexão com outras organizações criminosas independentes".**

Na verdade, o fato de o acusado ter participação efetiva nas diversas associações é característica própria do seu agir ordenado de se organizar em uma estrutura horizontal e não vertical. A verticalização implica numa chefia homogênica, e na horizontal seu grande poder ou influência o faz respeitado nas diversas e diferentes associações a que vai se aliando, sem desnaturar a diversidade mesmo que exerça em todas hierarquias de comando.

Segundo, Ana Luiza Ferro, Flávio Pereira e Gustavo Gazzola:

[10] EL HIRECHE, Gamil Föppel. *Análise Criminológica das organizações criminosas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, págs. 93/94.

"Tradicionalmente, as organizações criminosas pelo mundo podem ser agrupadas entre as que possuem estrutura veritical (ou piramidal) e as que privilegiam uma estrutura horizontal. Porém, mesmo no último caso, a hierarquia não é dispensada.. a tendência no crime organizado parece indicar a horizontalização.."[11]

Não impressiona também a nomenclatura utilizada pelos grupos criminosos, pois é justamente a expressão "*Amigos dos Amigos* (ADA)" que demonstra que os "amigos" de outro grupo ao se associarem mediante novo agrupamento criminoso se tornam "Amigos dos outros Amigos" (sic). É justamente o ato de arregimentar "novos amigos" que caracteriza o poder do tráfico no Rio de Janeiro, tornando-o invencível muitas vezes e, ao contrário do que alega o douto parecerista, aqui no Rio de Janeiro existe sim interferência de domínio de um grupo criminoso em outro e para tal ou se derruba o outro mediante "guerra de armas" ou se cria novas associações tornando-se assim "amigos": "Novos Amigos".

Conforme Abel Gomes: "não se invalida a hierarquia, do momento que se constata que um ou alguns dos integrantes deste estrato horizontal possuem *status* de maior relevo, através da idade, antiguidade, influência, inteligência ou qualquer outra manifestação de poder.[12]"

Destarte, mesmo sendo as diversas associações outros braços, no momento em que o imputado passa a formar um elo com elas, cria outra modalidade associativa horizontal, independente, mas conserva poder e certa parcela de hierarquia. É o jogo para estabilizar e eternizar a maldita modalidade ilícita e se opor contra o poder público.

E é justamente esse novo grupo de "amigos dos amigos" que se configura a nova associação ou com vários novos "grupos de amigos aderentes" diversas associações.

Como já se disse, se o douto parecerista advogasse no Rio de Janeiro já saberia disso, pois aqui a realidade é diversa do extremo sul do país.

Não existe assim, qualquer ofensa à coisa julgada, não sendo o mesmo fato natural já objeto de outra condenação, e não se ofende aqui o limite da coisa julgada.

A doutrina jurídica é de ser aplicada corretamente aos fatos concretos ou da vida de relação, não se está aqui diante de cátedra universitária ou se trabalhando com teses que não se aplicam à realidade.

Face ao exposto, mantém o *Parquet* o parecer já ofertado, ratificando a *opinio* ali exarada.

Rio de Janeiro, 09 de junho de 2014.

Marcellus Polastri Lima

Procurador de Justiça

---

[11] GAZZOLA, Gustavo dos Reis, FERRO, Ana Luiza Almeida, PEREIRA, Flávio Cardoso. *Criminalidade Organizada*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 41-42.

[12] GOMES. Abel Fernandes, PRADO, Geraldo Luiz Mascarenha, SANTOS , Willian Douglas Resinete. *Crime Organizado e suas conexões com Poder Público*. Rio de Janeiro:Impetus, 200, p.5.

Apelação. Adoção por tio-avô, que já tem paternidade socioafetiva com o adolescente, preservando-se o poder familiar da genitora biológica. Inexistência de nulidade na prolação de sentença por juiz removido. Ausência de prejuízo. Juiz lotado na comarca que ratificou a sentença em sede de juízo de retratação. Estudos social e psicológico que demonstram o forte vínculo entre requerente e o adolescente, tal qual pai e filho. Paternidade socioafetiva configurada. Regularização que traz benefícios para o adolescente. Dignidade da pessoa humana. Direitos prioritários. Parecer pelo conhecimento e desprovimento do recurso.

6ª CÂMARA CÍVEL DO TJRJ

PROCESSO Nº 0079375-28.2012.8.19.0001
APELAÇÃO
APELANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO
APELADO: XXX
RELATOR: DES. BENEDICTO ULTRA ABICAIR
Adoção – Vara da Infância, Juventude e Idoso da Capital

Ementa: Apelação. Adoção por tio-avô que já tem paternidade socioafetiva com o adolescente, mantendo-se poder familiar da genitora biológica. Inexistência de nulidade pela prolação de sentença por juiz removido. Ausência de prejuízo. Juiz lotado na comarca que ratificou a sentença em sede de juízo de retratação. Estudos social e psicológico que demonstram o forte vínculo entre requerente e o adolescente, verdadeiramente de pai e filho. Paternidade socioafetiva configurada. Regularização que traz benefícios para o adolescente. Melhor interesse da criança. Interpretação sistemática e teleológica do art. 41, analisando-o sob a ótica do princípio da razoabilidade. Afetividade que não é facilmente modificável. Estudo psicológico. Danos à personalidade da criança e/ou adolescente pelo desrespeito aos seus vínculos afetivos preestabelecidos. Dignidade da pessoa humana. Direitos prioritários. Parecer pelo conhecimento e desprovimento do recurso.

Exmo. Sr. Desembargador Relator,
Colenda Câmara,

I - Relatório

Trata-se de pedido de adoção iniciado por XXX, narrando que desde o nascimento do menor **Y**, em 2002, este vive em companhia do requerente e de

sua genitora. O pai biológico só tivera contato com a criança duas vezes, nos seus 02 e 04 anos de idade, nunca tendo demonstrado qualquer carinho, sem possibilidade de vínculo afetivo.

Tal pai biológico, aliás, não teria registrado o menor, que sempre foi tratado pelo requerente como filho. A inicial alega que o pai biológico está em lugar incerto e não sabido, e que o menor sempre tratou o requerente como se fosse seu pai legítimo. A genitora consente com o pedido[1].

Ao final, a inicial pediu a dispensa do estágio de convivência e o deferimento da adoção, devendo o adolescente passar a se chamar Y de Tal (doc. 02).

Certidão de nascimento de Y no doc. 08, mostrando que ele nasceu em 19/10/2002 e está registrado apenas com o nome da mãe, Z.

Em audiência, foi ouvida a genitora, a qual informou que **Y chama XXX de pai** e que concorda com a adoção do filho em favor do requerente. Ouvido o menor, ele disse que nunca viu o pai biológico; que **desde 2009 chama XXX de pai**; que tinha 9 anos na data da audiência; que **deseja ser adotado por XXX; que o requerente lhe dá carinho, amor e atenção** (doc. 24).

Relatório social no doc. 26/28 alertou que o requerente é tio materno de Y e reside em casa situada no mesmo terreno onde este mora com a genitora. Narra que o **requerente é presente na educação e nos cuidados de Y**, embora tenha uma companheira:

> ***"(...) Desde que a Sra. Z foi para a maternidade dar à luz, o Sr. XXX a acompanhou e passou a tomar as providências necessárias ao bem estar do infante, inclusive com vestimentas, sapatos, plano de saúde, pagando-lhe a escola, levando-o para viagens e participando ativamente da vida da criança, seja através de cuidados básicos, dos passeios, do comparecimento à escola, entre outros.***
>
> ***Informaram que Y passou a chamar o Sr. XXX de pai espontaneamente, talvez incentivado pelas pessoas conhecidas (da escola, do hospital, etc.) que se referiam a ele como pai do infante, fato que ele não corrigia. Acrescenta-se que o Sr. XXX reforçou esta relação, quando apresentava Y como filho.***
>
> ***A Sra. Z contou que Y é seu único filho e o genitor do mesmo não o reconheceu. Embora o tenha conhecido quando era recém nascido, nunca colaborou nem o visitou. Ela foi mãe aos 17 anos de idade. Há 04 anos mudou-se com a família para o atual endereço. Revelou que Y sempre teve a figura de XXX como pai e fica zangado quando alguém nega a paternidade."***

[1] A genitora inclusive assinou a inicial junto com o requerente. Além disso, há uma declaração de concordância, sem firma reconhecida, no doc. 07.

O estudo constatou ainda que o requerente tem união estável há 12 anos com K, a qual aceita a adoção de Y. Ademais, diz expressamente que a criança está bem cuidada, frequenta a escola, tem boa saúde e *"afirma que XXX é seu pai"*.

O estudo anota também:

> ***"A ausência da figura paterna biológica foi substituída pela do requerente que, não tendo filhos, passou a exercer a paternidade da criança. Ambos possuem uma identificação, possuem hábitos em comum, afinidade, se apresentam como pai e filho.***
>
> ***O Sr. XXX acompanha o progresso escolar da criança, verificando seu caderno, auxiliando-a nos deveres escolares e indo à Instituição. Também participa da sua situação de saúde, de seu lazer, de sua educação familiar e, por vezes, a criança dorme em sua casa e viaja com ele.***
>
> ***Relataram que há cerca de 03 ou 04 anos Y pediu para o Sr. XXX ser seu pai e, a partir de então, assim o tem tratado.***
>
> ***O requerente apresentou apego, afeto e cuidados com Y, considerando-se uma referência para a criança."***

O estudo então conclui que **há relação afetiva paterno/filial entre o Sr. XXX e Y**, que foi se estabelecendo e reforçando desde o nascimento do infante. **Y e XXX se tratam como pai e filho e o requerente vem atendendo ao infante em todas as suas necessidades e participando ativamente de sua educação e cuidados**. Há afeto e afinidade. Tanto a genitora como a família concordam com a adoção, embora o requerente seja tio-avô da criança.

Por isso, a equipe deu parecer favorável à adoção pleiteada, mesmo com a manutenção do nome materno na certidão de nascimento.

Estudo psicológico nos docs. 32/37, apontando que Y e XXX desenvolveram um "vínculo paternal":

> *"Y sempre o chamou de 'pai' e XXX assumiu por ele esta função, responsabilizando-se afetivamente e financeiramente pelo mesmo. Como já existe de fato um relacionamento entre pai e filho, o requerente deseja regularizar esta situação para que Y possa ter legalmente os direitos que a adoção pode lhe garantir"*. (doc. 33)

Neste estudo, XXX informou que havia se separado de sua companheira, que não tem filhos biológicos e nem adotivos, *"embora tenha uma relação parental com Y"*.

XXX também relatou que tem sentimento paterno e recíproco em relação a Y, que participa ativamente da vida da criança e quer garantir-lhe os direitos legais e selar o laço que já existe de fato entre eles.

Y relatou que deseja muito ser filho legal de XXX e que quer ter o mesmo nome do requerente, a quem chama e reconhece como pai.

Tanto XXX como Y "*relatam que o grau de parentesco que antecede o vínculo que se formou entre os dois, ou seja, o requerente é também seu tio-avô, de nada interfere na vida social e psicológica dos mesmos, pois o assunto é discutido e claro para ambos*" (doc. 35).

O estudo psicológico conclui no seguinte sentido:

> "*Durante as entrevistas, XXX, Y e Z demonstraram estar desejosos da regularização desta* ***situação que é fato consolidado na vida deles****, tranquilos e seguros do seu pedido e da situação de parentesco que fazem parte. Revelam estar conscientes dos ganhos reais que a adoção trará para Y e também das questões que tal regularização poderá suscitar, demonstrando que estão certos desta decisão.*
>
> ***O fato de o requerente ser tio-avô da criança em tela parece não trazer nenhuma questão ou embaraço para eles, demonstrando ser um fato consolidado e claro para todos os envolvidos****. (...)*
>
> ***O requerente demonstra ter de fato assumido a paternidade da criança em tela desde o seu nascimento. Apresenta-se interessado e afetuoso com Y, referindo-se ao mesmo com espontaneidade e intimidade, demonstrando ocupar de fato o lugar de pai para o menino, que se revela desejoso da legalização deste pleito.*** *O mesmo ocorre com a mãe de Y, sobrinha do requerente, apresenta-se segura e certa desta decisão.*
>
> *Embora Y seja sobrinho neto do requerente, trata-se do pedido de uma adoção unilateral onde* ***o lugar pleiteado a este juízo já é ocupado de fato, afetivamente e materialmente, demonstrando que as fronteiras entre eles estabelecidas vão além das regras e conceitos preexistentes****. XXX demonstra estar consciente do seu pedido e adaptado ao seu lugar na vida de Y, apresentando-se emocionalmente preparado para continuar exercendo seu papel.*
>
> *Diante do exposto entendemos que a adoção poderá trazer benefícios próprios da legalidade para a criança em tela, apoiados também no vínculo parental que* ***já existe e é consolidado entre XXX e Y****".* (grifos nossos)

Apesar de o Ministério Público opinar pela improcedência do pedido, pelo fato de a adoção ser unilateral, envolvendo tio-avô (doc. 41), a sentença julgou **PROCEDENTE** o pedido (doc. 48), concedendo a adoção, de modo que a criança passaria a se chamar Y de Tal, como filho de XXX.

O Ministério Público apelou (doc. 56), arguindo: (i) nulidade da

sentença, já que foi prolatada pela juíza Katerine Jatahy Kitsos Nygaard, que não estava mais designada para atuar no juízo *a quo*, apenas por ter presidido a audiência na fl. 20; (ii) a adoção unilateral só é admitida quando o requerente é casado ou vive em união estável com o genitor, o que não é o caso dos autos; (iii) não há reais vantagens para o menor, já que a genitora é jovem e pode depois se relacionar com outrem, de modo que a atual adoção atrapalharia na regularização da futura e eventual relação paterna que viesse a se formar. Ao final, pugna pela anulação da sentença ou pela sua reforma.

Contrarrazões no doc. 72.

O juiz Sandro Pitthan Espíndola manteve a sentença por seus próprios fundamentos (doc. 68).

II - Admissibilidade

Conforme certidão no doc. 67, o recurso é tempestivo. Presentes os requisitos de admissibilidade recursal, o presente apelo merece ser conhecido.

III - Fundamentação

O art. 132 do Código de Processo Civil prevê que o juiz que concluir a audiência julgará a lide. Prestigia-se assim o princípio da oralidade e a identidade física do juiz, evitando que o magistrado que não teve contato direto com as fontes probatórias orais sentencie o feito[2].

Portanto, a regra geral é que o magistrado que concluir a audiência de instrução e julgamento deverá proferir sentença. O artigo, porém, traça exceções: a convocação, licença, afastamento por qualquer motivo, promoção ou aposentadoria.

Embora a jurisprudência dominante do STJ reconheça que a remoção do magistrado se encontra entre as exceções do art. 132 do CPC[3], ela não impede

[2] NEVES, Daniel Assumpção; FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. *Código de processo civil para concursos*. Salvador: Editora Juspodivm, 2013, p. 155.

[3] A despeito deste entendimento majoritário, parece-nos que o mais correto, pela letra da lei, seria a manutenção da vinculação. Isto porque o art. 132 CPC visou a tornar regra que o juiz que preside a audiência de instrução e julgamento também sentencie o feito, por ser aquele que melhor oportunidade teve de colher suas impressões pessoais a partir das provas. Ademais, o art. 132 do CPC coloca que a *regra* é a vinculação do magistrado que concluiu a audiência, traçando a seguir exceções. Como a exceção deve ser interpretada restritivamente (sob pena de acabar, na prática, tornando-se a regra), parece-nos que incluir a remoção entre as exceções na verdade esvaziaria o conteúdo da lei. Neste sentido:

> PROCESSO CIVIL. PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. CPC, ART. 132. SENTENÇA PROFERIDA POR JUIZ DIVERSO DO QUE CONDUZIU E CONCLUIU A INSTRUÇÃO. "TRANSFERÊNCIA" (*RECTIUS*, REMOÇÃO) PARA OUTRA VARA DA MESMA COMARCA. RECURSO DESACOLHIDO.
>
> I- ENCONTRA-SE JÁ ENCERRADA A INSTRUÇÃO DO FEITO, A SIMPLES REMOÇÃO DO JUIZ QUE A TENHA CONDUZIDO E CONCLUÍDO, MÁXIME SE REALIZADA PARA OUTRA VARA DA MESMA COMARCA, NÃO FAZ CESSAR A SUA VINCULAÇÃO, INCUMBINDO-LHE PROFERIR

que ele profira a sentença:

> CIVIL E PROCESSO CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. EMPREGADA DOMÉSTICA. SUSPEITA DE FURTO. TRANCAMENTO NO APARTAMENTO. QUEDA DO EDIFÍCIO.
>
> SUSPEITA DE SUÍCIDIO. IRRELEVÂNCIA. RESPONSABILIDADE DOS PATRÕES. EXERCÍCIO REGULAR DE DIREITO. INOCORRÊNCIA. USO IMODERADO DO MEIO. DOUTRINA. RECURSO ESPECIAL. PRESSUPOSTOS. FALSIDADE DE DOCUMENTO. MATÉRIA FÁTICA. SÚMULA/STJ. ENUNCIADO Nº 7. PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. CPC. ART. 132. SENTENÇA PROFERIDA PELO JUIZ DA INSTRUÇÃO, REMOVIDO PARA OUTRA VARA DA MESMA COMARCA. INOCORRÊNCIA DE NULIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE ENFRENTAMENTO DE TEMAS NÃO PREQUESTIONADOS. RECURSO DESACOLHIDO.
>
> I - A relação de trabalho entre patrão e empregada doméstica confere àquele o poder de exigir tãosomente as obrigações decorrentes do contrato de trabalho. Prender o empregado no local de trabalho, sob o argumento de averiguações quanto a eventual ilícito praticado, constitui uso imoderado do meio, nos termos da melhor doutrina.
>
> II - O exercício regular de um direito não pode agredir o direito alheio, sob pena de tornar-se abusivo e desconforme aos seus fins.
>
> III - O cerceamento ao direito fundamental de ir e vir encontra no ordenamento constitucional hipóteses restritas, não se podendo atribuir ao empregador o poder de tolher a liberdade do empregado, ainda que por suspeita de crime contra o patrimônio.
>
> IV - Matéria concernente à falsidade documental, decidida

A SENTENÇA.

II- INTERPRETAÇÃO QUE SE COADUNA COM A NOVA REDAÇÃO DO ART. 132, DADA PELA LEI 8637/93, QUE NÃO MAIS CONTEMPLOU A REMOÇÃO - IMPROPRIAMENTE DENOMINADA DE "TRANSFERÊNCIA" PELO LEGISLADOR DE 1973 - COMO CAUSA DE DESVINCULAÇÃO NAS HIPÓTESES EM QUE FINDA A FASE INSTRUTÓRIA.

(REsp 19.826/PR, Rel. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, QUARTA TURMA, julgado em 24/08/1993, DJ 20/09/1993, p. 19179).

Todavia, o fato é que a jurisprudência amplamente dominante inclui a remoção dentre as exceções do art. 132 (provavelmente pelas dificuldades práticas que seriam geradas pelo entendimento contrário), razão pela qual seguiremos esta linha no parecer recursal.

pelas instâncias ordinárias com base nos fatos da causa, não pode ser revista em sede de recurso especial, nos termos do veto contido no verbete nº 7 da súmula desta Corte.

V - Encontrando-se já encerrada a instrução do feito, a simples remoção do juiz que a tenha conduzido e concluído, máxime se efetivada para outra Vara da mesma comarca, não o impede de proferir a sentença.

VI - A técnica do recurso especial exige que os temas concernentes aos dispositivos legais apontados como violados pelo recorrente tenham sido debatidos no acórdão impugnado.

(REsp 164.391/RJ, Rel. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, QUARTA TURMA, julgado em 18/03/1999, DJ 28/06/1999, p. 118) - grifo nosso.

Todavia, ainda que se entenda que a remoção excepciona o art. 132, impedindo o magistrado removido de sentenciar, não há que se reconhecer qualquer prejuízo às partes.

Inclusive, o magistrado que estava lotado na Vara da Infância, da Juventude e do Idoso da Comarca da Capital à época da sentença, o Dr. Sandro Pitthan Espíndola, optou por mantê-la em juízo de retratação (doc. 68), o que demonstra que o seu entendimento sobre a questão não difere daquele esposado no *decisum*.

Caso entendesse pela ilegalidade da adoção, é forçoso concluir que o magistrado teria exercido o juízo de retratação quando a lei lhe conferia esta oportunidade, e não mantido a sentença por seus próprios fundamentos.

Logo, verifica-se que inexistiu qualquer prejuízo pela prolação da sentença pela Dra. Katerine Jatahy, devendo-se aplicar assim o princípio da instrumentalidade das formas e o brocardo *pas de nullité sans grief*.

Sobre a necessidade de demonstração de prejuízo quando se alega ofensa ao art. 132, manifesta-se a jurisprudência:

0023457-22.2001.8.19.0002 - APELAÇÃO

1ª Ementa

DES. RICARDO COUTO - Julgamento: 27/06/2012 - SÉTIMA CÂMARA CÍVEL

APELAÇÃO CÍVEL - REMOÇÃO DE MAGISTRADO VINCULAÇÃO - USUCAPIÃO - RECONVENÇÃO - POSSIBILIDADE - POSSE MANSA E PACÍFICA - OBRIGAÇÃO DE RESIDIR NO IMÓVEL - INEXISTÊNCIA. I- Transferência de magistrado que presidiu Audiência

de Instrução e Julgamento que não afasta a vinculação ao processo, se finda a instrução e não existe prejuízo para as partes. Exceção ao princípio da **identidade** física do **juiz,** em atendimento aos princípios da economia do *pas de nullité sans grief.* II- Reconhecimento da usucapião alegada em sede reconvenção, diante da impossibilidade de registro da decisão, que só produz efeitos entre as partes. III- Posse que se configura pelo exercício de poderes inerentes à propriedade, não sendo necessário o contato físico imediato. IV- Elementos que demonstram que os autores exerciam a posse legítima sobre o imóvel, a afastar a pretensão reivindicatória e de atentado.V- Recurso conhecido e desprovido.

INTEIRO TEOR
Íntegra do Acórdão - Data de Julgamento: 27/06/2012 (*)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. REMOÇÃO DO JUIZ DA INSTRUÇÃO. SENTENÇA PROFERIDA POR OUTRO MAGISTRADO. PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ (ARTIGO 132 DO CPC). NULIDADE DA SENTENÇA. INOCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO NA PROLAÇÃO DO DECISÓRIO.

1. A remoção do Juiz da instrução para assumir, definitivamente, outra Vara, se enquadra entre as exceções admitidas pelo artigo 132 do CPC, de modo a possibilitar a prolação da sentença por outro magistrado.

2. Para que se configure a violação ao Princípio da Identidade Física do Juiz, a ensejar a nulidade da sentença, a parte recorrente deve veicular e demonstrar, em suas razões de recurso, de forma inequívoca, qual o prejuízo concreto que a prolação da sentença, por magistrado diverso daquele que instruiu o processo, ter-lhe-ia causado.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no REsp 249.894/SC, Rel. Ministro VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS), TERCEIRA TURMA, julgado em 24/11/2009, DJe 01/12/2009).

Superada esta questão, insta analisar o mérito da ação, qual seja, a viabilidade de adoção pelo requerente.

Como se nota do relatório em epígrafe, o requerente e o agora adolescente possuem fortes laços afetivos, não apenas por residirem no mesmo terreno, mas principalmente porque XXX assumiu o papel de pai. Não

apenas dá atenção e educa o menino, como ainda participa ativamente de seu cotidiano, inclusive junto à escola e ao hospital, quando necessário.

Esta forte presença do requerente na vida do adolescente foi confirmada pelos dois estudos realizados, tanto o social como o psicológico, que opinaram pela concessão da adoção, apesar de Y ser sobrinho-neto de XXX.

A controvérsia versada nestes autos envolve a redação do art. 41 do Estatuto da Criança e do Adolescente, assim redigido:

> Art. 41. A adoção atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais.
>
> § 1º Se um dos cônjuges ou concubinos adota o filho do outro, mantêm-se os vínculos de filiação entre o adotado e o cônjuge ou concubino do adotante e os respectivos parentes.
>
> § 2º É recíproco o direito sucessório entre o adotado, seus descendentes, o adotante, seus ascendentes, descendentes e colaterais até o 4º grau, observada a ordem de vocação hereditária.

Como se nota, o art. 41 do ECA estipula que, em regra, a adoção desliga a criança ou adolescente de qualquer vínculo com seus genitores (exceto pelos impedimentos matrimoniais), exceto quando o requerente for cônjuge ou companheiro de um dos genitores.

O apelante, em seu recurso, prestigia a literalidade da lei, ao mesmo tempo em que tenta demonstrar que a adoção não oferece reais vantagens ao adolescente.

Embora a letra da lei deva ser prestigiada na grande maioria dos casos, é sempre preciso fazer uma leitura à luz dos princípios constitucionais, explícitos e implícitos, que existem no sistema jurídico, sobretudo quando a norma restritiva se encontra no âmbito do Estatuto da Criança e do Adolescente, uma norma editada para proteger crianças e adolescentes.

Portanto, é preciso sempre partir do pressuposto que o Estatuto foi criado com a intenção de proteger a criança e adolescente. Utilizá-lo para contrariar uma legítima expectativa do infante, por mera formalidade, é distorcer o espírito da norma.

A finalidade do Estatuto, aliás, fica muito clara já no seu art. 1º, segundo o qual "*esta Lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente*".

Portanto, ao aplicar as regras do Estatuto da Criança e do Adolescente, é preciso fazer uma interpretação sistemática, considerando a norma como um todo unitário para impor uma análise conjunta e simultânea do texto normativo (o que inclui o seu art. 1º, consagrando a proteção integral).

Igualmente, é preciso fazer uma interpretação teleológica, considerando a finalidade da norma.

Por fim, faz-se imprescindível utilizar aqui o princípio da razoabilidade, que exige coerência entre os meios empregados pela norma e a finalidade que ela pretende alcançar, bem como a coerência entre o fato que gerou a norma e a aplicação desta última aos fatos em geral.

Isto é, se o ECA foi criado tendo por escopo proteger crianças e adolescentes, o princípio da razoabilidade exige que, por coerência, esta mesma norma não acabe sendo desvirtuada no caso concreto, com uma utilização que acabe justamente prejudicando quem deveria ser seu beneficiário.

O princípio da razoabilidade, portanto, impede que se dê uma leitura apenas literal à norma, olvidando o seu espírito e a sua finalidade:

> *"O princípio da razoabilidade é uma diretriz de senso comum, ou mais exatamente, de bom-senso, aplicada ao Direito. Esse bom-senso jurídico se faz necessário à medida que as exigências formais que decorrem do princípio da legalidade tendem a reforçar mais o texto das normas, a palavra da lei, que o seu espírito. (...)"*[4]

Todos os fatores acima impedem que o art. 41 do ECA receba uma leitura isolada e literal, que vede em todos os casos a adoção por um indivíduo sem que, automaticamente, o outro genitor seja destituído do poder familiar.

Tal leitura descompromissada com o espírito da norma acabaria por violar não apenas o art. 1º, 3º, 6º, 100, inc. I, II, IV do ECA, como também o princípio da dignidade da pessoa humana e o da proteção integral. Ademais, violaria a razoabilidade, porque a norma criada para proteger a criança estaria sendo usada em seu desfavor, uma distorção indesejável criada por apego à literalidade da lei.

O princípio da proteção integral vem consagrado no art. 1º e no art. 100, inc. II, do ECA, e seria violado por uma interpretação literal do art. 41 porque impediria que a criança fosse protegida no caso concreto, mantendo uma situação fática na irregularidade, negando assim direitos a que a criança faria jus caso o laço afetivo fosse reconhecido juridicamente.

O art. 3º reconhece que a criança e adolescente fazem jus a todos os direitos inerentes à pessoa humana, donde se nota que ela também é titular da dignidade prevista no art. 1º, inc. III, CF, e portanto não pode ser tratada como um objeto de interesses e decisões alheias. Como pessoa humana, a criança e/ou adolescente faz jus a ser considerada com todos os seus atributos, sentimentos e necessidades, sem ser tratada como um instrumento para atingir outros fins. Isso significa, inclusive, que os seus direitos não podem ser negados apenas para demonstrar que a norma jurídica foi cumprida a todo custo, nem mesmo para garantir direitos axiologicamente menos valiosos de outrem. Logo, a plenitude da realização pessoal, os sentimentos e a identidade da criança não podem ser sacrificados por formalidades legais de menor importância ou em prol de direitos patrimoniais alheios, o que representaria a sua coisificação e a violação de sua dignidade.

[4] In http://www.jusbrasil.com.br/topicos/292526/principio-da-razoabilidade.

O art. 6º do Estatuto determina que a interpretação leve em conta os fins sociais, as exigências do bem comum, direitos e deveres individuais e coletivos, bem como a condição peculiar da criança e adolescente como pessoas em desenvolvimento.

Logo, o ECA expressamente elenca critérios interpretativos diversos da literalidade da lei. A extração do sentido da norma, pois, não pode ignorar a sua finalidade social – inevitavelmente ligada à proteção da criança e adolescente – nem a condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

Sobre a necessidade de avaliar a condição peculiar da criança e adolescente e o seu apego aos seus cuidadores, vale transcrever as lições a seguir:

> *"O padrão de comportamento conhecido como 'vinculação segura' é desenvolvido a partir da convivência da criança com adultos responsivos e disponíveis que propiciaram cuidados básicos, segurança e suporte emocional. Com estes comportamentos, o adulto ensina que a criança pode confiar e contar com os seus cuidados e proteção. Esta criança também apresentará preferência pelos adultos que atendem suas necessidades, mostrando sinais de irritação quando eles se afastam e alegria com a reaproximação. Este padrão de comportamento não é automaticamente transferido a outras pessoas, exceto quando há repetidas experiências de interação positiva com um mesmo indivíduo (Prather & Golden, 2009).*
>
> *Um padrão de vinculação seguro com cuidadores gera uma série de benefícios para o desenvolvimento emocional e social. Crianças com padrão de apego seguro tendem a ser mais cooperativas e menos agressivas com os familiares e apresentam maior competência social na interação com pares. Crianças com este padrão de vinculação também têm uma probabilidade maior de apresentar um desenvolvimento psicossocial saudável, maior autoestima, autoeficácia e resiliência (Howe, 2006). (...)*
>
> *Com base nos referenciais teóricos abordados, conclui-se que privar uma criança da relação segura de amor, carinho e estabilidade e não atender às suas necessidades emocionais representará um risco ao seu desenvolvimento, podendo comprometer o seu futuro tanto nos aspectos biológicos, psicológicos e cognitivos, quanto no âmbito social, prejudicando também sua relação com a cultura e com os seus valores tradicionais.*
>
> *A construção de vínculos afetivos entre os humanos resulta de um processo de apego que percorre uma trajetória consentânea com a natureza de seu desenvolvimento, isto é: existe uma necessidade da conjunção de elementos pessoais na área da convivência, que possibilitem o conhecimento como insumo das referências que garantam segurança nas relações de convivência.*

Uma vez estruturado o referencial de conhecimento afetivo, amplia-se o espaço para a formação da personalidade e o estabelecimento do apego às coisas e às pessoas. Qualquer mudança no curso dessa estruturação necessita de um delicado e cuidadoso processamento de substituição das referências já instaladas.

Retirar uma criança de uma família com a qual foi estabelecido um vínculo de cuidado amoroso trará danos ao seu desenvolvimento. Os vínculos afetivos não se mudam como se trocam as roupas das crianças a cada dia. Somos responsáveis pelas crianças a quem expomos as mudanças incompatíveis com o arcabouço afetivo que disponibilizamos para elas. Pessoas não são objetos manipuláveis para atender desejos e expectativas de terceiros. Perturbações no processo psicológico de formação de uma criança desorganizam sua personalidade até mesmo quando, em nome da lei estabelecida pela comunidade social, contraria às singularidades da individualidade dos humanos.

Às vezes, confundimos o que é 'correto' com o que é 'bom' (Bonder, 1998). Escolher para o outro, sobretudo para o 'outro-criança' o que é bom, fundamentado simplesmente no que foi estabelecido como 'correto' é andar pelo caminho da desumanização. No caso de uma criança, a prevalência da lei recai sobre o que é 'bom' para ela e não simplesmente sobre o que se supõe ser o 'correto'.

Difícil é escolher pelo outro, mas a escolha se impõe para aquele a quem o desenvolvimento pessoal não o premiou com a responsabilidade por suas escolhas pessoais. Nessas circunstâncias instala-se um conflito entre o que é bom para nós e bom para as demais. Ao escolher o que nos parece bom para uma criança poderemos estar correndo o risco de selecionar o que nos parece como bom sem que o seja para ela. Sabe-se que não bastam os laços genéticos para QUE seja construída uma família verdadeira, uma família que cria, que socializa, que ensina a amar e a ser amado, o que nos faz humanos. (...)"[5]

Como elucida o estudo em epígrafe, a criança, até por uma questão de sobrevivência, apega-se aos seus cuidadores. A relação que mantém com eles influencia no desenvolvimento de sua personalidade e traz consequências que perdurarão durante toda a sua vida.

Este laço, essencial para formação psicológica do infante, não é facilmente substituído, não se podendo tratar a criança como se ela se apegasse e desapegasse com máxima facilidade e suas experiências afetivas fossem esquecidas.

[5] Parecer psicológico coletivo sobre formação e rompimento de laços afetivos, elaborado pelos profissionais Luiz Schettini Filho, Lidia Natalia Dobrianskyj Weber, Marlizete Maldonado Vargas, Maria Antonieta Pisano Motta e Suzana Sofia Moeller Schettini. O parecer analisou a fundo a questão da separação da família socioafetiva para reintegração à família biológica, mas muitas de suas lições são amplamente aplicáveis a este caso concreto, o que justifica sua transcrição parcial.

Em suma, a condição peculiar de ser em desenvolvimento faz com que a criança, em sua formação afetiva, esteja intimamente ligada aos seus cuidadores, não se desapegando deles facilmente. Ela procura estabilidade e segurança, com pessoas receptivas, e adota-as como um referencial.

Tais peculiaridades fazem com que definir a guarda e as relações de parentesco de uma criança sejam algo extremamente delicado, que deve ser sempre apreciado com a responsabilidade que a condição da criança requer.

Isso demonstra, igualmente, que aplicar o que a sociedade entende como correto, e que resta assim consagrado na literalidade da lei, nem sempre é o melhor para a criança. Parafraseando novamente o estudo em epígrafe, *"escolher para o outro, sobretudo para o 'outro-criança' o que é bom, fundamentado simplesmente no que foi estabelecido como 'correto' é andar pelo caminho da desumanização. No caso de uma criança, a prevalência da lei recai sobre o que é 'bom' para ela e não simplesmente sobre o que se supõe ser o 'correto'"*.

Portanto, da leitura do art. 6º do ECA , conjugada com o art. 41 deste diploma, conclui-se que a restrição à adoção unilateral precisa ser devidamente interpretada com a condição peculiar da criança, como um ser em formação que se apega e cujos laços afetivos influenciam em sua personalidade e futuro, e com a função social.

Logo, essa restrição à adoção unilateral precisa considerar se, no caso concreto, a função social não está sendo justamente atendida pelo pedido do requerente. Isto é, se a adoção não representa formalizar uma relação fática afetiva já existente no caso concreto, que concede à criança direitos correspondentes a uma situação que já existe, reconhecendo que ela faz parte de uma família na qual faticamente já está inserida.

Igualmente, é preciso analisar se a restrição do art. 41 do ECA não está, no caso concreto, impedindo que a criança se veja inserida numa família onde já reside o seu afeto e apego.

Não se pode olvidar, afinal, que uma sentença de improcedência, em ação de adoção que visa regularizar laço afetivo preexistente, representa dizer àquela criança que quem ela reconhece como pai não pode ser seu pai. É dizer que ela formou laços com quem não deveria, que seus sentimentos se dirigem à pessoa errada porque assim preconiza a lei. É, enfim, negar o direito de ela amar a uma pessoa como pai, tratando como errado um afeto desenvolvido legitimamente entre duas pessoas.

Esta negação do afeto, tratando-o como contrário à lei, frustrando a expectativa da criança de ver-se inserida formalmente numa família em que de fato já convive, pode sim exercer consequências psicológicas graves.

Ademais, esperar que, pela simples negativa do Judiciário, esta criança aceite que o requerente não é de fato um pai, depois escolhendo outra pessoa para esta posição apenas porque o ordenamento assim prefere, é ignorar a sua condição de pessoa humana, bem como o fato de que afetividade e afinidade não são algo que se cria e se transfere com facilidade.

Novamente parafraseando o estudo em epígrafe, pelo seu imenso brilhantismo, "*os vínculos afetivos não se mudam como se trocam as roupas das crianças a cada dia*".

Portanto, a interpretação sistemática do art. 41 com o art. 6º do ECA impõem que o intérprete verifique, no caso concreto, se a adoção unilateral excepcionalmente não está atendendo ao seu fim social e é justamente aquele que atende à criança, em sua condição peculiar de pessoa em formação psicológica, moral e física.

O art. 100, p. único, inc. I, do ECA coloca como princípio a condição da criança e adolescente como sujeitos de direitos, o que também nos força a recordar que não se pode mais – como no Código de Menores – tratá-los como objeto das decisões e interesses alheios. Isto impede que o juiz decida o caso concreto empregando conceitos preconcebidos do que seja "certo" e "errado", obrigando-o a considerar as peculiaridades do caso e como os direitos fundamentais da criança e adolescente são melhor atendidos.

Por fim – e mais importante – o art. 100, p. único, inc. IV, estipula como princípio o melhor interesse da criança e adolescente, pelo qual "*a intervenção deve atender prioritariamente aos interesses da criança e do adolescente*".

Isto impõe que, diante do conflito, o magistrado observe onde reside o verdadeiro interesse da criança e adolescente. Livre de suas concepções pessoais ou de conceitos sociais em geral, o magistrado deve analisar, precipuamente, onde está o que é melhor para a criança (e, portanto, é a prevalência do "bom" sobre o "correto", em muitos casos).

Esta previsão está em perfeita consonância com o art. 227 da Constituição Federal, que, por sua superior hierarquia, prevalece sobre as normas do Estatuto da Criança e do Adolescente que lhe forem contrárias.

O art. 227, em seu *caput*, impõe que a família e o Estado assegurem, **com absoluta prioridade**, o direito da criança e do adolescente. Portanto, a criança e o adolescente, no nosso sistema jurídico atual, não apenas são sujeitos de direitos, como são sujeitos PRIORITÁRIOS. Chocando-se os seus interesses com o de adultos, são os primeiros que devem prevalecer, por elogiável escolha política do constituinte.

Assim, pelo superior interesse e pela absoluta prioridade, pode-se identificar que no caso concreto a solução preestabelecida na norma não seja aquela que atende aos direitos fundamentais da criança e do adolescente, ou que os direitos de outras pessoas sejam bem diferentes daqueles que realizam o infante como pessoa humana.

E, diante deste choque entre os direitos fundamentais e a dignidade da criança/adolescente com normas de menor valor (hierárquico e axiológico) ou com direitos alheios, faz-se mister assegurar que prevaleça o da criança e adolescente.

O interesse da criança e adolescente, afinal, é SUPERIOR e PRIORITÁRIO. Deve ser assegurado, ainda que este interesse, no caso concreto, não seja aquele previamente imaginado pelo legislador.

Isso muitas vezes impõe a uma adaptação das normas, até porque o legislador não é capaz de antever todas as situações que podem se configurar no mundo dos fatos. Quando elabora uma norma vedando que a filiação se dê entre um terceiro estranho e um genitor, exceto em casos de companheirismo ou casamento, o legislador tenta preservar o psicológico da criança, evitando relações familiares distorcidas que prejudiquem sua formação, bem como medidas tomadas com fim meramente patrimonial ou que prejudiquem direitos alheios.

Na limitação inerente ao ser humano, porém, o legislador não consegue sempre antecipar as multifacetadas relações que podem se desenvolver socialmente. Dentre elas, o desenvolvimento de genuína paternidade socioafetiva entre um terceiro simultaneamente ao laço biológico com um dos genitores, sem que estes tenham união estável ou casamento.

Esta limitação natural do legislador, porém, não pode ser usada para prejudicar a criança no caso concreto. Se, em uma situação peculiar e excepcional, efetivamente se configura a relação socioafetiva com um terceiro, ao mesmo tempo em que se preserva o laço com a genitora biológica, e a criança toma este terceiro como o seu parâmetro, seu vínculo de afeto, seu cuidador, não se pode negar a condição de filho a quem se sente como tal, unicamente porque isso não se encaixa no padrão de comportamento previsto inicialmente pelo legislador ordinário.

Portanto, nesta sorte de situação, faz-se imprescindível empregar uma interpretação sistemática e teleológica, para buscar os fins da norma e conjugar o art. 41 com outros artigos do Estatuto da Criança e Adolescente, o que além de tudo atende o princípio da razoabilidade, evitando que a norma seja aplicada a fatos bem distintos daqueles que eram sua finalidade.

Esta é também a única medida capaz de prestigiar o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 2º, inc. III, CF) e a absoluta prioridade dos direitos da criança e adolescente (art. 227, caput, CF), colocando-a inclusive a salvo de restrições legais que se mostrem descabidas do caso concreto (o que acaba por representar um arbítrio do Estado, através de sua legislação, perante aquela criança ou adolescente).

Assim, prestigia-se ainda a necessidade de que a criança cresça naquilo que considera como sua família, garantindo-lhe o clima de felicidade, amor e compreensão de que necessita para um desenvolvimento harmonioso[6].

Diante desta necessidade de leitura flexível do art. 41 do Estatuto da Criança e do Adolescente, releva a importância da paternidade socioafetiva, desenvolvida entre a criança e o terceiro que, mesmo não sendo seu pai biológico, consegue participar ativamente de seu cotidiano e assumir o papel paterno, mesmo sem excluir a presença da mãe biológica.

[6] *"Convencidos de que a família, unidade fundamental da sociedade e meio natural para o crescimento e bem-estar de todos os seus membros e, em particular das crianças, deve receber a proteção e assistência necessárias para que possa assumir plenamente suas responsabilidades na comunidade;*
Reconhecendo que a criança, para o desenvolvimento pleno e harmonioso de sua personalidade, deve crescer em um ambiente familiar, em clima de felicidade, amor e compreensão;" (preâmbulo da Convenção sobre Direitos da Criança, adotada pela Resolução L. 44 da Assembleia Geral das Nações Unidas e ratificada pelo Brasil em 1990).

Sobre a importância da paternidade socioafetiva, transcrevem-se as lições do próprio Superior Tribunal de Justiça:

> Direito civil. Família. Recurso Especial. Ação de anulação de registro de nascimento. Ausência de vício de consentimento. Maternidade socioafetiva. Situação consolidada.
>
> Preponderância da preservação da estabilidade familiar.
>
> (...)
>
> - Nesse contexto, a filiação socioafetiva, que encontra alicerce no art. 227, § 6º, da CF/88, envolve não apenas a adoção, como também parentescos de outra origem, conforme introduzido pelo art. 1.593 do CC/02, além daqueles decorrentes da consanguinidade oriunda da ordem natural, de modo a contemplar a socioafetividade surgida como elemento de ordem cultural.
>
> - Assim, **ainda que despida de ascendência genética, a filiação socioafetiva constitui uma relação de fato que deve ser reconhecida e amparada juridicamente**. Isso porque a maternidade que nasce de uma decisão espontânea deve ter guarida no Direito de Família, assim como os demais vínculos advindos da filiação.
>
> **- Como fundamento maior a consolidar a acolhida da filiação socioafetiva no sistema jurídico vigente, erige-se a cláusula geral de tutela da personalidade humana, que salvaguarda a filiação como elemento fundamental na formação da identidade do ser humano**.
>
> Permitir a desconstituição de reconhecimento de maternidade amparado em relação de afeto teria o condão de extirpar da criança (hoje pessoa adulta, tendo em vista os 17 anos de tramitação do processo) preponderante fator de construção de sua identidade e de definição de sua personalidade. E a identidade dessa pessoa, resgatada pelo afeto, não pode ficar à deriva em face das incertezas, instabilidades ou até mesmo interesses meramente patrimoniais de terceiros submersos em conflitos familiares.
>
> (...)
>
> (REsp 1000356/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 25/05/2010, DJe 07/06/2010)

> FAMÍLIA. FILIAÇÃO. CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE E PETIÇÃO DE HERANÇA. VÍNCULO BIOLÓGICO. PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. IDENTIDADE GENÉTICA. ANCESTRALIDADE. DIREITOS SUCESSÓRIOS. ARTIGOS ANALISADOS: ARTS. 1.593; 1.604 e 1.609 do Código Civil; ART. 48 do ECA; e do ART. 1º da Lei 8.560/92.
>
> (...)

> **3. A maternidade/paternidade socioafetiva tem seu reconhecimento jurídico decorrente da relação jurídica de afeto, marcadamente nos casos em que, sem nenhum vínculo biológico, os pais criam uma criança por escolha própria, destinando-lhe todo o amor, ternura e cuidados inerentes à relação pai-filho. (...)**
>
> (REsp 1274240/SC, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 08/10/2013, DJe 15/10/2013)

Portanto, mesmo inexistindo relação genética de pai e filho, é mister reconhecer o parentesco socioafetivo quando alguém, espontaneamente, assume todos os encargos relativos à criação de outrem e lhe destina afeto, como se seu filho fosse, até mesmo como proteção à criança que assim é acolhida.

Trata-se de um reconhecimento da relação que se configura no mundo dos fatos. Isto é, o vínculo afetivo, típico de um pai para um filho, já existe no caso concreto. O Direito então se limita a reconhecer a sua relevância, de molde a regularizar algo que já preexiste.

No presente caso concreto, **a paternidade socioafetiva é evidente**, porquanto requerente e adolescente se tratam como se fossem pai e filho. Y passou a chamar XXX de pai espontaneamente, desde 2009 – isto é, há cinco anos – aborrecendo-se quando alguém nega tal vínculo entre eles.

Como atestam os estudos social e psicológico, XXX é responsável por Y perante o colégio, hospitais e terceiros em geral, portando-se não como um tio-avô, mas como verdadeiro pai.

Logo, diferentemente do que alega o apelante, a relação entre Y e XXX não é uma relação inerente à família extensa, mas uma paternidade socioafetiva evidente. O requerente representa – como ficou gritante nos autos – o papel de PAI, é a referência de Y. A criança tomou a iniciativa de escolher quem entendia por pai e, ao invés de rechaçar este papel, XXX o aceitou e o honrou, tratando o menino sempre como se fosse seu filho biológico.

Agora, o que se busca é unicamente regularizar algo que já existe no mundo dos fatos. Negar provimento a este processo equivale a dizer que o pai socioafetivo não serve para ser pai. Significaria o Estado-juiz dizer para um adolescente que aquele que o cria, que se apresenta como seu pai no dia-a-dia, que ele elegeu espontaneamente para ser sua figura paterna, não pode sê-lo, porque o legislador, no art. 41 do ECA (que teoricamente deveria proteger o direito infantil), cria uma restrição genérica que o impede de ser filho de quem, de fato, já é seu pai.

Isto não apenas contraria o bom senso e qualquer razoabilidade, como viola os princípios acima mencionados, a própria razão de ser do Estatuto da Criança e Adolescente e ainda deixa um adolescente desamparado, porque força que uma relação fática permaneça irregular, negando a Y os direitos que ele teria por ser – como já é no mundo concreto – filho de XXX.

A questão não é nova neste Tribunal, que já reconheceu, no ano passado, a adoção unilateral até mesmo em favor de um adulto:

0054981-57.2012.8.19.0000 - AGRAVO DE INSTRUMENTO
1ª Ementa

DES. MARIA REGINA NOVA ALVES - Julgamento: 22/01/2013 - QUINTA CÂMARA CÍVEL

ADOÇÃO DE MAIOR

ADOÇÃO UNILATERAL

POSSIBILIDADE

ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

AGRAVO DE INSTRUMENTO. **ADOÇÃO UNILATERAL** DE PESSOA MAIOR REALIZADA POR PESSOA QUE NÃO VIVIA MARITALMENTE COM A MÃE BIOLÓGICA DO ADOTADO, MAS QUE HÁ MUITOS ANOS MANTINHA COM O MESMO RELAÇÃO PATERNAL. POSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DA NORMA DO ART. 41, §1°, DO ECA, À LUZ DOS PRINCÍPIOS DA DIGNIDADE HUMANA E DOS PRINCÍPIOS QUE, ATUALMENTE, REGEM AS RELAÇÕES DE FAMÍLIA. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO PARA AS PARTES ENVOLVIDAS. JURISDICIONALIZAÇÃO DE SITUAÇÃO FÁTICA EXISTENTE. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO PARA AUTORIZAR QUE O NOME DA MÃE BIOLÓGICA DO ADOTADO PERMANEÇA EM SEU REGISTRO DE NASCIMENTO.

Ementário: 19/2013 - N. 1 - 16/05/2013

INTEIRO TEOR

Íntegra do Acórdão em Segredo de Justiça - Data de Julgamento: 22/01/2013 (*)

Por tudo o que se expôs, não podem prevalecer as razões do apelante, devendo-se manter a sentença, permitindo que o requerente formalize a paternidade socioafetiva que já mantém com o adolescente, como indicado nos estudos social e psicológico.

IV – Conclusão

Pelo exposto, o Ministério Público opina pelo **conhecimento** e **desprovimento** da apelação.

Rio de Janeiro, 2 de dezembro de 2014.

Sávio Bittencourt
Procurador de Justiça

Direito Constitucional. Ação Direta de Inconstitucionalidade tendo por objeto lei do Estado do Rio de Janeiro que impõe aos contribuintes, como condição para a obtenção de incentivos ou isenções fiscais junto à Fazenda Pública fluminense, a reserva de dez por cento das vagas de seus quadros de funcionários ao primeiro emprego.

ÓRGÃO ESPECIAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Processo nº 0026148-29.2012.8.19.0000

Ação Direta de Inconstitucionalidade

Relator: Des. Luiz Felipe Haddad

Representante: Federação das Indústrias do Estado do Rio de Janeiro - FIRJAN

Representados: Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro e Exmo. Governador do Estado do Rio de Janeiro

PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO

EGRÉGIO ÓRGÃO ESPECIAL.

Direito Constitucional. Ação Direta de constitucionalidade tendo por objeto lei do Estado do Rio de Janeiro que, para fins de concessão de incentivos e isenções fiscais em favor de contribuintes, condiciona-a à reserva de dez por cento de vagas de seus quadros de funcionários para o primeiro emprego. Alegação de vício de usurpação da competência legislativa da União para editar normas de direito do trabalho, a par da ofensa aos princípios da razoabilidade, proporcionalidade, isonomia, livre iniciativa e livre concorrência.

Pretensão declaratória que se mostra procedente, haja vista a manifesta inadequação e inidoneidade dos comandos contidos na legislação alvejada para a consecução da finalidade social colimada, o que importa em violação aos postulados da razoabilidade, isonomia e livre iniciativa. Acolhimento do pedido.

I - RELATÓRIO

Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade ajuizada pela Federação das Indústrias do Estado do Rio de Janeiro - FIRJAN, tendo por objeto a Lei Estadual nº 6.192/2012, a qual impõe aos contribuintes, como condição para a obtenção de incentivos ou isenções fiscais junto à Fazenda

Pública fluminense, a reserva de dez por cento das vagas de seus quadros de funcionários ao primeiro emprego.

Como suporte de seu pedido, alega a entidade demandante, em síntese, que o diploma legal em questão importou em violação à sistemática constitucional da repartição das competências legislativas, na medida em que os entes políticos estaduais não podem editar regras sobre direito de trabalho, o que se insere no âmbito da competência privativa da União.

Já sob o enfoque substancial, ressalta a autora que a legislação estadual em comento, de modo irrazoável, restringe o direito das sociedades empresárias de contratar livremente os seus empregados. E, nessa mesma ordem de ideias, sustenta que a política consagrada na lei é inadequada, porquanto não se prestará ao atingimento da finalidade perseguida, já não bastasse o fato de o percentual ali previsto ser elevado e desproporcional. Conclui ter havido violação aos cânones da razoabilidade, isonomia, livre iniciativa e livre concorrência (fls. 02/23).

A Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro prestou as informações de fls. 40/56, em que suscitou, em linha de preliminar, a incompetência do Tribunal de Justiça para exercer o controle de constitucionalidade de normas estaduais em face da Constituição Federal. No mérito, procurou negar os vícios de inconstitucionalidade arguidos na inicial, concluindo pela validade do diploma alvejado, mormente à luz da premissa de que a legislação vergastada não veicula qualquer obrigação de contratação de pessoal para o primeiro emprego, mas sim um mero condicionamento da outorga de benefícios fiscais em favor dos contribuintes que adotarem tal iniciativa.

A tutela de urgência pleiteada na exordial, consubstanciada na suspensão da eficácia da Lei nº 6.192/2012, restou indeferida, conforme a r.decisão relatorial de fl. 58.

A eminente Procuradora-Geral do Estado ofertou a sua manifestação conclusiva, em que opinou pela rejeição do pedido, valendo-se de alegações similares àquelas expostas pelo órgão legislativo representado, com ênfase na ideia de que a matéria tratada no ato normativo impugnado não versa sobre direito do trabalho, mas sim sobre direito tributário, em relação à qual prevalece a competência legiferante concorrente entre a União e os estados-membros (fls. 64/72).

Da mesma linha argumentativa lançou mão o Exmo. Governador do Estado, que também pugnou pela rejeição do pleito declaratório formulado (fls. 75/88).

Na sequência, foram os autos encaminhados ao *Parquet*.

II - FUNDAMENTAÇÃO

a) Da preliminar de incompetência do Poder Judiciário fluminense

A toda evidência, não merece prosperar a questão prévia, suscitada por ambos os representados, relacionada à suposta incompetência absoluta

do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro para apreciar a lide (cujos argumentos se acham logicamente atrelados à ideia de que seria incabível o controle concentrado tendo por objeto o cotejo entre a legislação impugnada e normas insertas na Carta Política de 1988).

Ora, é de todo irrelevante, para viabilizar-se a deflagração da ação direta de inconstitucionalidade, se as normas da Carta Estadual tidas pela parte autora como vulneradas reproduzem, explícita ou implicitamente, regras fundamentais da Constituição Federal. Aliás, basta observar que inúmeras são as representações por inconstitucionalidade que, tendo adotado como referencial princípios ou normas da Constituição fluminense que reproduziam a disciplina posta pelo Poder Constituinte originário, tiveram o seu mérito conhecido pelo E. Órgão Especial do TJ/RJ.

O aspecto que sobreleva, quanto ao ponto, é que, diante do confronto abstrato entre lei estadual, de um lado, e a Constituição estadual, de outro - conforme efetivamente se estabeleceu na exposição contida na peça exordial -, tem lugar o controle concentrado no âmbito do Tribunal de Justiça, nos termos do artigo 161, inciso IV, letra "a", da Carta fluminense.

b) Do mérito

Adentrando a seara meritória, o Ministério Público, divergindo da opinativa da douta Procuradoria-Geral do Estado, entende que assiste razão à entidade demandante, pelo que merece acolhida a sua pretensão declaratória.

Considerando que o pleito formulado na inicial se estriba na arguição de duas ordens distintas de vícios de inconstitucionalidade - formal e substancial -, convém examiná-las separadamente, com vistas a uma melhor sistematização da exposição.

b.1) Da alegada ofensa às regras de repartição de competências legislativas

Assim é que releva notar, todavia, que não é vingável o primeiro fundamento deduzido na peça vestibular, segundo o qual a Lei nº 6.192/2012 teria afrontado a sistemática constitucional de repartição das competências legislativas.

Isso porque, examinando-se o teor do diploma legal em questão, nele não se vislumbra, sequer remotamente, a regulamentação de qualquer instituto afeto ao ramo do direito do trabalho. De fato, não parece ter havido, na legislação vergastada, a normatização de aspectos próprios da relação jurídica laboral, senão apenas o condicionamento da concessão de benefícios de natureza fiscal em favor dos contribuintes que reservarem uma parcela de suas vagas de trabalho ao primeiro emprego.

Bem diverso seria o panorama se a lei em comento previsse, como hipótese de perda dos mesmos benefícios tributários, o fato de a empresa contribuinte, durante um determinado lapso temporal, dispensar, sem justa causa, um empregado anteriormente contratado à luz do incentivo do primeiro

emprego, definindo, para tal fim, o que seria justa causa. Em tal exemplo, parece não haver nenhuma dúvida de que o diploma estadual estaria tratando, indevidamente, de matéria afeta ao direito do trabalho, em clara usurpação da competência legislativa da União.

De outro giro, é certo que, a se partir da premissa a que se aferram os representados e a ilustre Procuradora-Geral do Estado - qual a de que a Lei nº 6.192/2012 versa sobre direito tributário ou, mais precisamente, sobre benefícios e isenções fiscais relativas a tributos estaduais -, poder-se-ia entender, a princípio, que a mesma passaria a incorrer numa outra espécie de vício de inconstitucionalidade formal, a saber, a inobservância da regra da iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo para deflagrar o respectivo projeto de lei.

Embora tal orientação seja respeitável, e até já tenha sido sustentada pelo Ministério Público e acolhida pelo E. Órgão Especial do TJ/RJ (confira-se, *v.g.*, a ADI nº 2005.007.00119), o certo é que a própria Corte fluminense e, sobretudo, o Supremo Tribunal Federal, já pacificaram o entendimento de que, em se tratando de leis tributárias concessivas de isenções e/ou benefícios fiscais, não prevalece a exigência da iniciativa privativa do Chefe do Executivo no tocante à apresentação dos respectivos projetos (nesse sentido, a ADI 724-MC, Rel. Min. Celso de Mello, Plenário, DJ 27/04/2001; ADI 2464, Rel. Min. Ellen Gracie, Plenário, DJ 25/05/2007; RE 590.697-ED, 1ª Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJE 06/09/2011; RE 362.573-AgR, 2ª Turma, Rel. Min. Eros Grau, DJE 17/08/2007; e RE 585.413, Rel. Min. Carmen Lúcia, DJE 08/03/2013).

Aliás, releva notar que tal exegese se baseia na própria necessidade de se interpretarem restritivamente as normas atinentes à iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo na deflagração do processo legislativo, até mesmo em razão da excepcionalidade de que as mesmas se revestem (sendo a regra geral, ao revés, a iniciativa legiferante do próprio parlamento, instituição que, por definição, encarna a representação popular e, portanto, deve ser a protagonista do processo tendente à inovação da ordem jurídica).

b.2) Da alegada ofensa aos princípios da razoabilidade, isonomia, livre iniciativa e livre concorrência

Entretanto, forçoso é reconhecer a existência de vícios de inconstitucionalidade que, ao menos sob o enfoque material, estão a macular a validade da Lei nº 6.192/2012, notadamente à luz do cânone da razoabilidade.

Como cediço, traduz-se a razoabilidade das leis - manifestação substancial da garantia do devido processo legal (art. 9º, *caput*, CE/89) - numa relação de adequação e compatibilidade jurídica entre o motivo e o resultado da atividade legiferante desempenhada, com vistas à consecução do interesse público e à satisfação da finalidade social, desideratos que, por óbvio, devem nortear a elaboração de todo e qualquer ato normativo.

In casu, tem razão a entidade demandante ao afirmar que o diploma legal em análise não se mostra adequado para o atingimento da finalidade alegadamente colimada, isto é, superar as dificuldades supostamente encontradas por "pessoas que apesar de, muitas vezes, já qualificadas, não conseguem a inserção no mercado de trabalho." (expressão da eminente Procuradora-Geral do Estado; vide o item 16 de fl. 68).

Ora, essa política de "fomento social" (outro expressivo termo de que se valeu a douta PGE), tal como instituída pela Lei nº 6.192/2012, desconsidera a premissa óbvia e fundamental de que o meio mais eficaz e idôneo de acesso de qualquer pessoa ao mercado de trabalho está atrelado, além de suas virtudes intelectuais próprias, à formação de uma base educacional sólida - aí compreendidos os ensinos fundamental, médio e universitário ou, de qualquer sorte, profissionalizante -, a qual efetivamente iguale as oportunidades e dê azo a que os mais aptos sejam recrutados.

Note-se, aliás, que o próprio diploma legal *sub examine* reconhece como veraz essa ideia, ao aludir, em seu artigo 5º, à necessidade de uma prévia capacitação dos seus supostos beneficiários.

Ademais, é inegável que o resultado visado pela lei pressupõe a construção de um ambiente de pujança econômica e, portanto, de aquecimento do mercado de trabalho, o que, como é por demais óbvio, depende de uma série de fatores relacionados à própria infraestrutura do país.

A conclusão é inafastável: nesse contexto, o "fomento social" almejado pela legislação em análise é rigorosamente nulo.

Ainda sob o enfoque da razoabilidade, impende ressaltar que a sistemática consagrada na lei, ao prever o percentual de dez por cento das vagas a serem destinadas ao primeiro emprego, se revela manifestamente elevado e, portanto, desproporcional.

Mas, ainda que se faça abstração a esse ponto, o aspecto que sobreleva, ao sentir do *Parquet*, se prende mesmo à convicção de que a própria política instituída pela Lei nº 6.192/2012 se afigura francamente atentatória a conceitos como meritocracia, esforço e competição, os quais, forçoso é convir, são alguns dos pilares de qualquer sociedade que se pretenda moderna e próspera.

Nessa mesma ordem de ideias, e como corolário lógico de tudo o que até aqui se expôs, a conclusão a que se chega é que, também conforme sustentado na peça vestibular, o diploma legal alvejado importou em violação ao postulado da livre iniciativa.

Conquanto a livre iniciativa, como cediço, não seja um valor absoluto, antes devendo ser condicionada e compatibilizada com a preservação do interesse público (art. 215, *caput*, CE/89), fica patente a sua violação nas hipóteses, como a aqui delineada, em que a lei estipula que a outorga de certos benefícios fiscais só se viabilizará se os contribuintes ali referidos contratarem uma mão de obra que se encaixe num determinado perfil.

Aliás, tal convicção só se reforça quando se atenta para o fato de que, no caso em foco, o critério eleito pelo legislador, como acima já por demais

ressaltado, é desprovido de qualquer razoabilidade. De fato, é intuitivo que a incidência de isenções ou benefícios fiscais só pode ter lugar se o fator de discriminação entre os contribuintes se ampara em premissas lógicas e racionais, sob pena de se consagrar um privilégio odioso, de caráter fortuito e desarrazoado. É o que ocorre no caso vertente.

E nem se alegue que a legislação ora analisada não determina, mas apenas faculta a contratação de funcionários segundo a política do "primeiro emprego". Ora, essa distinção se afigura rigorosamente irrelevante, já que, para fins de obtenção de benefícios fiscais, a única condição a se cumprir consiste, precisamente, na efetivação de contratações nos moldes da Lei nº 6.192/2012. A discriminação desarrazoada entre contribuintes - interferindo, como visto, em aspectos essenciais de sua livre iniciativa - de qualquer modo está configurada.

Por derradeiro, uma reflexão se torna imperiosa.

É que, dentro da onda do "politicamente correto" que de algum tempo assola o país, já se pode vislumbrar uma faceta específica desse movimento, a que alguns já se referem como "coitadismo". Trata-se de um engenhoso neologismo que, com rara felicidade, define de modo crítico uma tendência que preconiza a ideia de que determinados grupos de pessoas, por supostamente vulneráveis, seriam merecedores de uma proteção específica.

Pois bem. Se é certo que essa tendência parece já ter se consolidado de vez nos meios de comunicação social - comprometendo drasticamente, aliás, valores fundamentais como a liberdade de expressão -, percebe-se que, da mesma forma, vem ela gradualmente se projetando para a seara jurídico-normativa, mercê da iniciativa, cada vez mais frequente, do Poder Público de editar normas alegadamente protetivas, como se a criação destas fosse a panaceia geral para todos os males sociais. Ora, esse conjunto de novas leis, que abarca o maior número possível de temas, é claramente inidôneo para superar os complexos e intrincados problemas da sociedade brasileira.

Permita-se a insistência nesse truísmo: a questão referente à inserção dos profissionais recém-formados no mercado de trabalho passa, necessariamente, pela realização de pesados investimentos governamentais na infraestrutura do país - econômica, material e humana - e, sem que sejam criadas as condições propícias para a formação desse ambiente favorável (o que decerto demanda muito mais esforço e visão estratégica), uma mera "canetada" do legislador, por melhores que sejam as suas intenções, não terá nenhum poder de transformação efetiva da realidade social vigente.

Na espécie, a inocuidade da Lei nº 6.192/2012 se revela eloquente, e conduz à convicção de que os seus comandos atentam contra a isonomia, livre iniciativa e razoabilidade - mormente sob o enfoque da adequação -, sendo, portanto, inconstitucionais, razão pela qual é de rigor o acolhimento do pleito declaratório formulado na inicial.

III- CONCLUSÃO

Pelos fundamentos acima expostos, oficia o Ministério Público no sentido de que seja julgado procedente o pedido, declarando-se a inconstitucionalidade da Lei Estadual nº 6.192/2012.

Rio de Janeiro, 20 de maio de 2013.

Sérgio Bumaschny
Promotor de Justiça
Assistente da Assessoria
de Atribuição Originária em Matéria Cível

De acordo.

Carlos Cícero Duarte Júnior
Assessor-Chefe da Assessoria
de Atribuição Originária em Matéria Cível

Aprovo.

Sérgio Roberto Ulhôa Pimentel
Subprocurador-Geral de Justiça
de Assuntos Institucionais e Judiciais

JURISPRUDÊNCIA

Jurisprudência Criminal

HABEAS CORPUS 101.131 – DF

Relator: O sr. ministro Luiz Fux

Relator para o acórdão: O sr. ministro Marco Aurélio

Paciente: Renan Rodrigues de Sousa

Impetrante: Defensoria Pública do Distrito Federal

Coator: Relator do Recurso Especial 1.027.847 do Superior Tribunal de Justiça

Processo – Duplicidade – Sentenças condenatórias. Os institutos da litispendência e da coisa julgada direcionam à insubsistência do segundo processo e da segunda sentença proferida, sendo imprópria a prevalência do que seja mais favorável ao acusado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal em indeferir o *habeas corpus*, mas conceder a ordem, de ofício, para fazer prevalecer, exclusivamente, a decisão proferida no primeiro processo, nos termos do voto do ministro Marco Aurélio e por maioria, em sessão presidida pela ministra Cármen Lúcia, na conformidade da ata do julgamento e das respectivas notas taquigráficas.

Brasília, 25 de outubro de 2011 – Marco Aurélio, relator para o acórdão.

RELATÓRIO

O sr. ministro Luiz Fux: Cuidam os presentes autos de *habeas corpus* impetrado pela *Defensoria Pública do Distrito Federal* em favor de *Renan Rodrigues de Sousa*, com pedido de liminar, insurgindo-se contra ato do Excelentíssimo ministro Nilson Naves, do Superior Tribunal de Justiça, que estaria a configurar *bis in idem*.

Isso porque, segundo afirma a impetração, a autoridade coatora julgou dois recursos especiais interpostos pelo paciente (n. 1.027.847/ DF e 1.075.137/ DF) em processos oriundos do mesmo fato (roubo com emprego de arma). Assim, muito embora tenha reduzido as penas impostas ao paciente nos dois processos, deixou de reconhecer a duplicidade de ações penais.

Noticiam os autos que o paciente foi denunciado perante a 7ª Vara Criminal da Circunscrição Especial Judiciária de Brasília pela prática do crime de roubo circunstanciado (art. 157, § 2º, I, do Código Penal) ocorrido em 28 de novembro de 2004, às 9 horas, nas proximidades de um ferro velho localizado entre a Divineia e a Metropolitana, no Núcleo Bandeirante/DF, tendo como vítima Maria Elenice Alves de Oliveira (fls. 8/9).

Em 7 de junho de 2005, a denúncia foi recebida e originou a AP 2005.01.1.0033154. Condenado a uma pena de cinco anos e oito meses de reclusão, o paciente interpôs recurso de apelação perante o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios e, irresignado com o acórdão pelo parcial provimento, conseguiu a redução da pena para cinco anos e quatro meses de reclusão por meio do Recurso Especial 1.027.847/ DF, em decisão transitada em julgado em 29 de agosto de 2008 (fl. 27).

Pelo mesmo fato, ocorrido em 28 de novembro de 2004, o paciente foi denunciado perante a 6ª Vara Criminal da Circunscrição Especial de Brasília, nos autos 2005.01.1.023628-0, denúncia esta recebida em 7 de julho de 2006 (fl. 35).

A condenação à pena de seis anos e dois meses de reclusão, imposta pelo juízo, foi reduzida para quatro anos, cinco meses e dez dias de reclusão (fl. 31) no julgamento do Recurso Especial 1.075.134/DF, em 16 de abril de 2009.

Na impetração, sustenta-se violação aos princípios da vedação ao *bis in idem* e da coisa julgada, uma vez que o paciente teria sido processado e condenado duas vezes pelo mesmo fato. Requer liminar para que seja oficiada a Vara de Execuções Penais do Distrito Federal, a fim de excluir-se a condenação decorrente da ação penal em curso perante a 7ª Vara Criminal de Brasília e, no mérito, pleiteia a concessão da ordem para cassar a sentença formalizada pelo mesmo juízo.

O Ministério Público Federal opinou pelo conhecimento de ofício e pela concessão parcial da ordem para anular integralmente a AP 2005.01.1.0236280 da 6ª Vara Criminal da Circunscrição Especial Judiciária de Brasília/DF, nos termos da ementa de fl. 60:

> *Habeas corpus. Roubo circunstanciado. Ação penal. Duplicidade. Réu julgado duas vezes pelo mesmo fato delituoso. Ações com trânsito em julgado. Alegação de* bis in idem. *Questão não suscitada nas instâncias inferiores. Nulidade flagrante. Violação da coisa julgada. Conhecimento da ordem* ex officio. *Prevalência do primeiro processo criminal. Anulação da segunda persecução penal.*
>
> Parecer pelo conhecimento de ofício da impetração com a concessão parcial da ordem para anular a AP 2005.01.1.0236280 da 6ª Vara Criminal da Circunscrição Especial Judiciária de Brasília.

É o relatório.

VOTO

O sr. ministro Luiz Fux (relator):

> *Processual penal.* Habeas corpus. *Roubo circunstanciado (art. 157, § 2º, I, do Código Penal). Recurso especial. Duplo julgamento pelo mesmo fato. Segunda decisão mais favorável ao réu. Impossibilidade de revisão* pro societate *coisa soberanamente*

julgada mais benéfica. In dubio pro reo. *Falta de instrumento legal ou constitucional para rescindir julgado favorável ao demandado.*

1. A violação da coisa julgada é matéria cognoscível de ofício, por isso que, mercê de não apreciada na instância inferior, a supressão de instância inocorre, porquanto a Corte Maior pode deferir a ordem de ofício.

2. Deveras, a existência de duplo julgamento pelo mesmo fato, comprovada por prova pré-constituída, torna admissível o seu conhecimento de ofício na via estreita do *habeas corpus*.

3. A revisão, no direito processual penal, é instrumento exclusivamente em favor do réu, sendo inadmissível a revisão *pro societate*.

4. Quando o Estado exerce a *persecutio criminis*, a decisão sobre os fatos pelos quais o réu fora condenado só pode ser revista para abrandar a situação do sujeito passivo.

5. *In casu*, o paciente fora processado e condenado duas vezes pelo mesmo fato.

Com efeito, foi recebida, em 7-6-2005, denúncia no processo n. 2005.01.1.003315-4 imputando ao paciente a prática do crime de roubo circunstanciado (art. 157, § 2º, I, do Código Penal), ocorrido no dia 28-11-2004, às 9h, em ferro velho entre a Divineia e a Metropolitana, na cidade satélite do Núcleo Bandeirante/DF.

6. Consoante a denúncia (fls. 8/9), o paciente teria subtraído da vítima, mediante grave ameaça exercida com emprego de arma de fogo, uma bolsa preta contendo R$ 4,00 e alguns objetos de uso pessoal. Posteriormente, em 7-7-2006, foi ajuizada contra o paciente outra ação penal (n. 2005.01.1.023628-0), por fato idêntico ao descrito na AP 2005.01.1.003315-4 (fls. 37/38).

7. A sentença, apesar de divergências doutrinárias, deve ser enxergada como norma jurídica, e, nessa categorização, como é sabido, no conflito entre duas normas de igual hierarquia e especialidade prevalece a mais recente sobre a mais antiga.

8. A sentença posterior prevalece no processo penal, desde que mais favorável ao réu, em obediência à vedação da revisão criminal *pro societate*.

9. O caso *sub judice* não reclama a solução de se considerar anulada a primeira sentença, visto que não incidiu em qualquer vício de juridicidade, e sim de revogá-la.

10. Deveras, o pedido mediato merece concessão, qual seja, a declaração da prevalência da segunda coisa julgada.

11. Ordem concedida.

Preliminarmente, verifica-se que as ilegalidades apontadas, quais sejam, a violação aos princípios do *ne bis in idem* e da coisa julgada, não foram submetidas às instâncias inferiores, o que, a rigor, impediria o conhecimento da impetração, sob pena de supressão de instância. Nesse sentido, os seguintes julgados:

> Habeas corpus. *Direito penal e processual penal. Questões não conhecidas pelo STJ. Autoridade coatora. Tribunal de Justiça. Incompetência do STF. Negativa ao direito de recorrer em liberdade fundamentada. Prisão antes do trânsito em julgado. Instrução criminal encerrada. Excesso de prazo prejudicado. Ordem denegada.* 1. O Superior Tribunal de Justiça não se manifestou acerca do regime prisional imposto ao paciente no que concerne ao crime de tráfico de drogas e da possibilidade de aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 22, § 4º, da Lei 11.343/2006. 2. No que diz respeito aos temas não abordados pela Corte Superior, a autoridade coatora é o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Com efeito, não compete a esta Suprema Corte conhecer dessas matérias, sob pena de supressão de instância. Precedentes. 3. A proibição ao direito de o paciente recorrer em liberdade foi devidamente fundamentada. Ademais, o paciente foi preso em flagrante e permaneceu preso durante toda a instrução criminal. 4. A alegação de excesso de prazo fica prejudicada pelo fim da instrução penal e pela prolação de sentença condenatória. Precedentes. 5. *Writ* conhecido em parte e denegado. [HC 100.595/SP, rel. min. *Ellen Gracie*, Segunda Turma, julgado em 22-2-2011, *DJ* de 9-3-2011.]

> Habeas corpus. *Pedido de liberdade. Supressão de instância. Reincidência. Regime fechado. Possibilidade. Ordem parcialmente conhecida e, nessa parte, denegada.* O impetrante, embora também tenha requerido a liberdade do paciente, não apresentou qualquer fundamento para tanto. Simplesmente fez o pedido. Além disso, o STJ não se manifestou sobre a questão. Portanto, não há como o *habeas corpus* ser conhecido nesse ponto, sob pena de supressão de instância. Quanto ao pedido de fixação do regime prisional aberto ou semiaberto, o TJSP, ao impor o regime fechado, considerou o fato de o paciente ser, de acordo com a sentença, "multirreincidente". Tal fundamento está em harmonia com o disposto nas alíneas *b* e *c* do § 2º do art. 33 do Código Penal, segundo as quais tanto o regime aberto, quanto o semiaberto são reservados aos réus não reincidentes. *Habeas corpus* parcialmente conhecido e, nessa parte, denegado. [HC 100.616/SP, rel. min. *Joaquim Barbosa*, Segunda Turma, julgamento em 8-2 2011, *DJ* de 14-3-2011.]

Ementa: Habeas corpus. *Processual penal. Pedido de comutação de pena. Juízo de origem. Apreciação. Ausência. Impossibilidade de seu exame pelo STF sob pena de supressão de instâncias. Alegação de demora no julgamento do mérito de* writ *pelo Superior Tribunal de Justiça. Excesso de impetrações na Corte Superior pendentes de julgamento. Flexibilização do princípio constitucional da razoável duração do processo que se mostra compreensível. Aposentadoria do relator dos feitos manejados em favor do paciente. Ordem concedida de ofício para determinar sua redistribuição.* I – O pedido de comutação da pena não pode ser conhecido, uma vez que esta questão não foi sequer analisada pelo juízo de origem. Seu exame por esta Suprema Corte implicaria indevida supressão de instância e extravasamento dos limites de competência do STF descritos no art. 102 da Constituição Federal. II – O excesso de trabalho que assoberba o STJ permite a flexibilização, em alguma medida, do princípio constitucional da razoável duração do processo. Precedentes. III – A concessão da ordem para determinar o julgamento do *writ* na Corte *a quo* poderia redundar na injustiça de determinar-se que a impetração manejada em favor do paciente seja colocada em posição privilegiada com relação a de outros jurisdicionados. IV – Ordem concedida de ofício para determinar a redistribuição dos *habeas corpus* manejados no STJ em favor do paciente, em razão da aposentadoria do então relator. [HC 103.835/SP, rel. min. *Ricardo Lewandowski*, Primeira Turma, julgamento em 14-12-2010, *DJ* de 8-2-2011.]

Ementa: *Habeas corpus*. Homicídio. Prisão ordenada independentemente de trânsito em julgado. Superveniência do trânsito em julgado. *Writ* prejudicado. Fixação de regime inicialmente fechado. Questão não submetida ao crivo do STJ. Supressão de instância. *Habeas corpus* não conhecido. 1. Prejudicialidade do *writ* impetrado perante Tribunal Superior fundada em decisão liminar, precária e efêmera, obtida pelo paciente perante esta Suprema Corte inocorrente. 2. Superveniência de trânsito em julgado da decisão condenatória, a ensejar o reconhecimento da prejudicialidade de ambas as impetrações. 3. A questão relativa à propriedade do regime prisional imposto ao paciente pela decisão condenatória não foi submetida ao crivo do Superior Tribunal de Justiça, não se admitindo a apreciação do tema por esta Suprema Corte, de forma originária, sob pena de configurar verdadeira supressão de instância. Precedentes. 4. *Writ* não conhecido. [HC 98.616/SP, rel. min. *Dias Toffoli*, Primeira Turma, julgamento em 14-12-2010.]

No entanto, os fatos alegados na presente ordem de *habeas corpus* foram suficientemente demonstrados com a prova pré-constituída. Assim, tratando-se de questão de ordem pública aferível de plano, possível o conhecimento de ofício. Também opinou pelo conhecimento o Ministério Público Federal, nos seguintes termos (fl. 62):

> Inicialmente, verifica-se que a nulidade apontada, vale dizer, dupla condenação do paciente pelos mesmos fatos, não foi objeto de questionamento perante qualquer das instâncias inferiores.
>
> Dessa forma, a matéria esposada no presente remédio constitucional não enseja a análise desse Excelso Pretório sob pena de indevida supressão de instância.
>
> Contudo, da análise dos documentos acostados aos presentes autos, constata-se a procedência da alegação de *bis in idem*, que, por causar a nulidade absoluta de uma das ações penais, é passível de ser conhecida de ofício.

Deveras, observa-se, na documentação trazida pela impetrante, que o paciente fora condenado, primeiramente, na AP 2005.01.1.003315-4, cuja denúncia fora recebida em 7-6-2005 pela 7ª Vara Criminal de Brasília. Na pendência desta demanda, foi ajuizada contra o paciente, em 7-7-2006, outra ação penal (n. 2005.01.1.023628-0) pelos mesmos fatos, desta feita na 6ª Vara Criminal de Brasília, o que ensejou a nulidade absoluta *ab initio* desse segundo processo, em razão do fenômeno processual da litispendência.

Nesse sentido, a doutrina de José Frederico Marques, *verbis*:

> Um dos efeitos da litispendência é o de impedir o desenrolar e a existência de um segundo processo para o julgamento de idêntica acusação. Resulta, pois, da litispendência, o direito processual de arguir o *bis in idem*, mediante *exceptio litis pendentis*.
>
> Segundo disse *Chiovenda*, assim "como a mesma lide não pode ser decidida mais de uma vez (*exceptio rei judicatae*), assim também não pode pender simultaneamente mais de uma relação processual sobre o mesmo objeto entre as mesmas pessoas. Pode, portanto, o réu excepcionar que a mesma lide *pende* já perante o mesmo juiz ou perante juiz diverso, a fim de que a segunda constitua objeto de decisão com a primeira por parte do juiz *invocado antes*". [*Elementos de direito processual penal*. Atualizadores: Eduardo Reale Ferrari e Guilherme Madeira Dezem. Campinas, SP: Millennium, 2009, v. 2.]

Conforme noticiado pelo Ministério Público Federal, em caso semelhante, esta Corte anulou sentença proferida em processo em que a persecução penal se deu por fatos idênticos aos julgados em causa anterior, conforme sintetizado na seguinte ementa:

> Direito penal e processual. Litispendência. Dupla condenação pelo mesmo fato delituoso: *bis in idem*. 1. Não pode subsistir a condenação ocorrida no segundo processo, instaurado com o recebimento da denúncia a 7 de maio de 1993 (Processo 237/1993) já que, antes disso, ou seja, a 4 de maio de 1993, havia outra denúncia, igualmente recebida, pelos mesmos fatos delituosos (no Processo 232/93). 2. A litispendência impediu que validamente se formasse o segundo processo e, em consequência, que validamente se produzisse ali a condenação.
>
> 3. *Habeas corpus* deferido para, com relação ao paciente, anular-se a sentença proferida no Processo 237/1993 - 23. V. Criminal S.P., bem como o acórdão que a confirmou, na Apelação 861.423, julgada pela 11. Câmara do Tacrim/SP, ficando, quanto a ele, trancado definitivamente o processo. [HC 72.364/SP, rel. min. Sydney Sanches, Primeira Turma, *DJ* de 23-2-1996.]

Ademais, o próprio *Parquet* opinou pela concessão da ordem, em parecer assim delineado (fls. 62/63):

> (...) impende consignar que a comprovação da ocorrência da figura do *bis in idem* desponta do simples confronto das iniciais acusatórias oferecidas pelo Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, que originaram as ações penais n. 2005.01.1.003315-4 e 2005.01.1.023628-0, movidas, respectivamente, na 7ª Vara Criminal da Circunscrição Especial Judiciária de Brasília/DF, e 6ª Vara Criminal da mesma Circunscrição. Ambas as denúncias narram que no dia 28 de novembro de 2004, por volta das 9 horas, nas proximidades de um ferro velho, localizado entre a Divineia e a Metropolitana, no Núcleo Bandeirante/DF, o paciente Renan Rodrigues de Sousa subtraiu para si, mediante grave ameaça, exercida por meio de arma de fogo, uma bolsa preta, contendo R$ 4,00 (quatro) reais em espécie e diversos objetos pessoais pertencente a Maria Elenice Alves de Oliveira (fls. 8/9 e 37/38).
>
> Não há dúvida de que pelo mesmo fato, foram instauradas duas ações penais em desfavor do ora paciente.

A primeira, pelo Juízo da 7ª Vara Criminal da Circunscrição Especial Judiciária de Brasília/DF, que recebeu a denúncia na data de 7-6-2005 (fl. 6); a segunda, pelo Juízo da 6ª Vara Criminal da mesma Circunscrição, que recebeu a inicial acusatória em 7-7-2006 (fl. 35).

Mas, não é só. Ao final, o paciente sofreu dupla condenação: o primeiro decreto punitivo foi proferido pelo Juízo da 7ª Vara Criminal de Brasília, aos 6-10-2006 (fls. 12/18), sendo confirmado pelo Superior Tribunal de Justiça, que tornou a pena definitiva em 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em decisão transitada em julgado aos 29-8-2008 (fls. 24/27); já o segundo, foi prolatado pela 6ª Vara Criminal, em 25-4-2007 (fls. 39/44), e confirmado pelo Superior Tribunal de Justiça, que tornou a pena definitiva em 4 (quatro) anos, 5 (cinco) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em decisão transitada em julgado aos 19-5-2009 (fls. 29/34).

In casu, portanto, após o trânsito em julgado da decisão condenatória na AP 2005.01.1.003315-4, sobreveio novo pronunciamento judicial na AP 2005.01.1.023628-0 a respeito de fatos idênticos aos versados na primeira demanda.

A primeira condenação não pode ser alvo de revisão criminal, pois não configurada qualquer das hipóteses previstas no art. 621 do CPP, que ora se transcreve:

Art. 621. A revisão dos processos findos será admitida:

I - quando a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos;

II - quando a sentença condenatória se fundar em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos;

III - quando, após a sentença, se descobrirem novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena.

Por outro lado, a segunda coisa julgada, mais favorável ao réu (*rectius*, condenado), também não é passível de reapreciação, porquanto não é admitida no direito brasileiro a revisão criminal *pro societate*.

Analisando a hipótese com a qual ora nos deparamos, de conflito entre julgados, Jorge Alberto Romeiro anotou com maestria (*Elementos de direito penal e processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1978. p. 40-41):

> Manzini, considerando esse caso de inconciliabilidade de julgados, determinante da revisão no direito positivo italiano, o qual figura, também, no de muitos Estados, notou que nem sempre tem o instituto em estudo o fim de reparar um erro judiciário, pois a dita inconciliabilidade deve ser sempre resolvida pela prevalência do julgado mais favorável ao condenado.
>
> A revisão, escreveu o insigne professor da Universidade de Roma, "*nel caso dell'inconciliabilità dei giudicati, se talora fornisce il mezzo per eliminare l'errore, talaltra può far prevalere l'erroneo sul giusto, perchè nel detto caso la legge mira sopra tutto a far cessare un intollerabile contrasto giurisdizionale*".

No direito pátrio a revisão criminal em desfavor do réu jamais foi admitida. Mesmo quando a EC 1 de 1969 à Carta de 1967 permitiu à legislação ordinária prever hipóteses nas quais o julgado favorável ao acusado poderia ser revisto, a normativa nunca foi editada. O art. 623 do CPP, sobre a legitimidade ativa para a propositura da revisão, prevê: "A revisão poderá ser pedida pelo próprio réu ou por procurador legalmente habilitado ou, no caso de morte do réu, pelo cônjuge, ascendente, descendente ou irmão." O Ministério Público e o ofendido não dispõem de idêntica *legitimatio*.

Certo é que a decisão proferida no segundo processo é norma jurídica, que deve ser respeitada. Vale invocar a lição de José Carlos Barbosa Moreira, segundo o qual, na sentença "formula o juiz a norma jurídica concreta que deve disciplinar a situação levada ao seu conhecimento" (Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada. *Revista de Processo*, n. 34, p. 279). Vale dizer, a sentença trânsita em julgado é a norma jurídica para o caso concreto.

Ocorre que, como visto, essa segunda norma não é passível de revisão, pois, na espécie, isso significaria fazer prevalecer uma decisão anterior mais gravosa para o réu. Nas palavras de Fernando da Costa Tourinho Filho, "a autoridade da coisa julgada, necessária e indispensável para assegurar a estabilidade das relações jurídicas, impede um reexame contra o réu" (*Código de Processo Penal comentado*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 2, p. 427).

Assim, temos duas decisões, de igual hierarquia e especialidade, impassíveis de impugnação. Impõe-se, face à natureza normativa das decisões judiciais, a aplicação do princípio norteador do conflito aparente de normas penais no tempo, vale dizer, prevalece a norma posterior sobre a anterior.

Aliás, no campo do processo civil, Cândido Rangel Dinamarco, ao sustentar a prevalência da segunda coisa julgada, ressalta a possibilidade de um novo ato estatal revogar o anterior. Assim, a sentença posterior, por não ter sido rescindida no prazo legal, teria o condão de revogar a sentença anterior. Eis como expõe seu ponto de vista, baseado nas formulações de Liebman:

> Disse ele, realmente, que uma sentença proferida depois da outra tem a eficácia de cancelar os efeitos desta, como todo ato estatal revoga os anteriores. Assim como a lei revoga a lei e o decreto revoga o decreto, assim também a sentença passada em julgado revoga uma outra, anterior, também passada em julgado. Estamos pois fora do campo específico do direito processual, em uma visão bastante ampla dos atos estatais de qualquer dos três Poderes e sempre segundo uma perspectiva racional e harmoniosa do exercício do poder. Na nova lei há uma nova vontade do legislador, que sobrepuja a vontade dele próprio, contida na lei velha. No novo decreto, nova vontade da Administração. Na nova sentença, nova vontade do Estado-juiz. [*Fundamentos do processo civil moderno.* 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 1135.]

No mesmo sentido a lição de Pontes de Miranda, que entende prevalecer a segunda coisa julgada sobre a primeira, porque a norma processual somente prevê a possibilidade de desconstituir a segunda coisa julgada dentro de um prazo específico e, se isso não ocorrer, a anterior é revogada pela posterior.

Confira-se o seguinte trecho da obra do autor:

> Dissemos que falta o segundo elemento "sentença trânsita em julgado, que se quer rescindir", se precluiu o prazo para a rescisão de tal sentença. Uma vez que se admitiu, de *lege lata*, com o prazo preclusivo, a propositura somente no biênio a respeito da segunda sentença, o direito e a pretensão à rescisão desaparecem, e a segunda sentença, tornada irrescindível, *prepondera*. Em consequência, desaparece a eficácia de coisa julgada da primeira sentença. Esse é um ponto que não tem sido examinado, a fundo, pelos juristas e juízes: há duas sentenças, ambas passadas em julgado, e uma proferida após a outra, com infração da coisa julgada. Se há o direito e a pretensão à rescisão da segunda sentença, só exercível a ação no biênio e não foi exercida, direito, pretensão à rescisão e ação rescisória extinguiram-se. A segunda sentença lá está, suplantando a anterior. [*Tratado da ação rescisória das sentenças e de outras decisões.* 1. ed. Campinas: Bookseller, 1988. p. 259-260.]

Ademais, o fato de a segunda coisa julgada prevalecer sobre a primeira é razão única da previsão legal de ação rescisória por ofensa à coisa julgada (art. 485, IV, do CPC), o que pressupõe decisão trânsita anterior. Marinoni e Arenhart, corroborando este entendimento, lecionam:

> A grande questão ocorre no conflito dessas coisas julgadas, após o esgotamento do prazo existente para o oferecimento da ação rescisória (de dois anos - cf. Art. 495 do CPC). Findo esse prazo, tem-se em tese duas coisas julgadas (possivelmente antagônicas) convivendo no mundo jurídico, o que certamente não é possível. Parece que, nesses casos, deve prevalecer a segunda coisa julgada em detrimento da primeira. Além de a primeira coisa julgada não ter sido invocada no processo que levou à edição da segunda, ela nem mesmo foi lembrada em tempo oportuno, permitindo o uso da ação rescisória e, assim, a desconstituição da coisa julgada formada posteriormente. É absurdo pensar que a coisa julgada, que poderia ser desconstituída até determinado momento, simplesmente desaparece quando a ação rescisória não é utilizada. Se fosse assim, não haveria razão para o art. 485, IV, e, portanto, para a propositura da ação rescisória, bastando esperar o escoamento do prazo estabelecido para seu uso. [*Processo de conhecimento*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2008, p. 665.]

Na doutrina alienígena, a conclusão não diverge. De início, citamos os ensinamentos de Chiovenda (*Principii di diritto processuale civile*. Napoli: Jovene, 1923. p. 900):

> *Quanto alla contrarietá della sentenza ad un precedente giudicato, per diritto romano era questo un caso di nullitá della sentenza, per cui il primo giudicato conservava il suo vigore. Nel nostro sistema la contrarietà dei giudicati può farsi valere come motivo di revocazione (quando uma sentenza non abbia pronunciato su questa eccezione, art. 494, n. 5) o come motivo di cassazione (quando pronuncio sulla eccezione relativa, art. 517, n. 8): ma decorsi i termini senza che l'impugnativa sia proposta, questa nullità é sanata, onde il primo giudicato perde valore perchè il secondo giudicato implica negazione di ogni precedente giudicato contrario.*

Igualmente entende Carnelutti (*Instituciones del proceso civil*. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1989. v. 1, p. 146):

> *[N]o puede excluirse la hipótesis del conflicto entre cosas juzgadas. No hay necesidad de agregar que el tal conflicto debe resolverse bajo pena de hacer incurable la litis, lo cual no se puede obtener de otro modo que admitiendo la extinción de la eficacia de la primera decisión por efecto de la segunda.*

Essas lições podem ser transpostas do campo do direito processual civil para o processo penal, mas uma peculiaridade deve ser ressaltada. É que a conclusão pressupõe que ambas as decisões sejam imutáveis e irreversíveis – ou seja, ambas coisas soberanamente julgadas. Ocorre que no processo penal é aberta em caráter perene a via da revisão criminal para o réu. Uma condenação injusta pode ser rediscutida a qualquer tempo (art. 622 do CPP – "A revisão poderá ser requerida em qualquer tempo, antes da extinção da pena ou após"), e essa pode ser considerada uma garantia constitucional, implicitamente extraída do art. 5º, LXXV ("o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença"), e do art. 102, I, *j*, da Carta Magna ("Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I – processar e julgar, originariamente: j) a revisão criminal e a ação rescisória de seus julgados").

Sendo certo que a segunda decisão, *in casu*, deve prevalecer, tal não significa que a primeira é nula, como sustenta a impetração. Em verdade, operou-se a revogação do *decisum* anterior, pelo advento de norma concreta, não mais impugnável, em sentido distinto. Inobstante, o pedido mediato merece concessão, qual seja, a declaração da prevalência da segunda coisa julgada.

Ex positis, concedo a ordem de ofício para declarar revogada a condenação proferida no bojo da AP 2005.01.1.003315-4, que tramitou perante a 7ª Vara Criminal da Circunscrição Especial Judiciária de Brasília/DF, prevalecendo, portanto, a sentença prolatada na AP 2005.01.1.023628-0 da 6ª Vara Criminal da Circunscrição Especial Judiciária de Brasília/DF, devendo ser oficiada a Vara de Execuções Criminais do Distrito Federal para os registros cabíveis.

É como voto.

DEBATE

A sra. ministra Cármen Lúcia (presidente): Então, neste caso, o quadro que se tem é: dois processos, duas ações penais contra o mesmo paciente, pelo mesmo fato, da mesma data. A primeira ação penal transitou em julgado em data posterior, 29-8-2008, enquanto o segundo decreto condenatório da 6ª Vara Criminal de Brasília, embora tenha sido apresentada depois, transitou em julgado anteriormente, 8-5-2007.

O que pretende aqui o impetrante é que se desconheça uma das coisas julgadas e que se faça prevalecer a primeira decisão porque a ele teria sido imputada uma pena menor quando houve o julgamento do recurso especial. E Vossa Excelência está acolhendo este pedido.

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Eu tenho a impressão de que é a segunda decisão que tem uma pena menor.

A sra. ministra Cármen Lúcia (presidente): Quatro anos, cinco meses e dez dias de reclusão.

O sr. ministro Luiz Fux (relator): É a segunda decisão que tem a pena menor. Tanto que no acórdão disse que esse segundo processo do qual advém uma sentença menor.

A sra. ministra Cármen Lúcia (presidente): Aqui, pelo menos, o dado que tenho é do Ministério Público. Diz:

> A primeira condenação, proferida nos autos da ação penal n. 2005.01.1.0033154, foi imposta pelo Juízo de Direito da 7ª Vara Criminal da Circunscrição Judiciária de Brasília, que fixou a pena de 5 (cinco) anos e 8 (oito) meses de reclusão, em regime semiaberto (...). Por meio do Recurso Especial n. 1.027847/DF, o Superior Tribunal de Justiça diminuiu a reprimenda para 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão.

O segundo decreto condenatório é que, então, seria de seis meses e dois anos que ficou em quatro anos e cinco meses.

O sr. ministro Marco Aurélio: A pena ficou aquém da pena do primeiro.

A sra. ministra Cármen Lúcia (presidente): É, ficou aquém.

O sr. ministro Marco Aurélio: Presidente, apenas para raciocinar em voz alta quanto ao princípio lógico do terceiro excluído a revelar que uma coisa é, ou não é. Na espécie, não existe a menor dúvida, é fato incontroverso haver ocorrido dupla acusação e simultâneos processos. Já, então, existiria, quanto ao segundo processo, o óbice ao pressuposto do desenvolvimento válido, a ação ajuizada anteriormente. Mas ambos os processos foram julgados. As duas decisões transitaram em julgado, mostraram-se preclusas. Indago: é possível, ante o sistema processual, dar prevalência à segunda decisão, ou seja, a que teria transgredido o princípio da coisa julgada relativa ao primeiro processo? A resposta, para mim, é desenganadamente negativa. Não posso potencializar a circunstância de, no segundo processo, se haver chegado a uma pena menor, porque se poderia ter chegado, também, a uma maior.

Aqui, não se trata de escolher a decisão que seja mais favorável ao réu. Trata-se de perceber que esse segundo processo não poderia ter tramitado e que, tendo sido prolatada sentença e tendo sido esta coberta pela preclusão maior, é insubsistente porque o processo anterior – quanto à data do ajuizamento da ação, pouco importando a época do trânsito em julgado – já obstaculizava esse segundo crivo do Judiciário.

A sra. ministra Cármen Lúcia (presidente): Parece-me que o ministro relator está levando em consideração a data da coisa julgada, do trânsito em julgado.

O sr. ministro Luiz Fux (relator): É, acho que isso também pouco importa.

O sr. ministro Marco Aurélio: Não, porque, processualmente, antes do trânsito em julgado, tem-se a impossibilidade jurídica de tramitarem duas ações iguais, é o que denomino de pressuposto negativo de desenvolvimento válido do processo. Que processo? Desse segundo que resultou na coisa julgada. É subsistente a coisa julgada se havia o vício original? Não.

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Sem dúvida. Essa é que é a questão a se colocar. Então como é que se explica uma ação rescisória por violação da coisa julgada?

O sr. ministro Marco Aurélio: Sim, explica-se porque é uma ação de impugnação autônoma versada na Constituição Federal.

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Então.

O sr. ministro Marco Aurélio: Aqui, não.

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Que pressupõe uma decisão que transitou em julgado.

O sr. ministro Marco Aurélio: Sim, e que a impugna.

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Mas e se não se propuser a ação rescisória? Prevalecerá a segunda coisa julgada. É claro, no meu modo de ver, *data maxima venia*.

O sr. ministro Marco Aurélio: Não, ministro. A partir do momento em que se questiona – e isso se fez na via do *habeas corpus*, sustentando-se a prevalência da segunda decisão –, perquire-se se essa segunda decisão foi formalizada de acordo com o figurino processual. Assentamos que não, à toda evidência, pelo menos para mim. Confesso-me sempre um juiz do trabalho!

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Nós estamos partindo de premissas um pouco diferentes, mas respeito as premissas de Vossa Excelência. Parto da premissa seguinte: a figura da litispendência, quer dizer, quando se promove uma outra ação quando a outra está em curso, leva à extinção terminativa.

O sr. ministro Marco Aurélio: Farei uma pergunta apenas para ficar tranquilo quanto ao raciocínio desenvolvido por Vossa Excelência.

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Pois bem. A coisa julgada é a repetição de uma ação já julgada. Então, no caso aqui, houve uma litispendência que – como Vossa Excelência tem toda razão – deveria ter sido extinta no nascedouro, porque estava repetindo uma ação que já estava sendo julgada, mas não tinha transitado em julgado. Advém o segundo processo e transita em julgado a sentença, então disse no recurso, essa segunda decisão que transitou em julgado é indiferente, a pena dela é indiferente, porque, na realidade, essa ação não poderia nem ter começado, só que a coisa julgada faz do quadrado redondo e purga o problema. Ela purga os defeitos.

O sr. ministro Marco Aurélio: Esse vício é originário e contamina o que Vossa Excelência aponta como preclusão maior? Agora, de qualquer forma, penso que Vossa Excelência adotaria o mesmo raciocínio se, nessa segunda decisão, houvesse o paciente sido apenado em quantitativo superior ao da primeira. Vossa Excelência concluiria da mesma forma?

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Não, não. Por isso é que estou propondo a seguinte solução: primeiro, a segunda coisa julgada prevalece sobre a primeira, mas, como no âmbito penal há outros princípios que informam a tutela penal, nós poderíamos perfeitamente entender – como pensa Pontes de Miranda – que a sentença é uma norma jurídica também, só que concreta, e aplicar o regime penal a essa norma jurídica dizendo: a norma mais favorável retroage.

O sr. ministro Marco Aurélio: Quer dizer, o certo cede ao errado.

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Mas Pontes de Miranda dizia isso: *a coisa julgada faz do certo o errado.*

O sr. ministro Marco Aurélio: Do preto, branco; do quadrado, redondo. Isso aprendi na Nacional de Direito.

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Mas isso é o preço caro que pagamos para ter coisa julgada. Eu fui criado com isso na cabeça.

A sra. ministra Cármen Lúcia (presidente): Mas, aqui, há duas coisas julgadas.

O sr. ministro Marco Aurélio: Então, a rapidez no julgamento das ações repetitivas dita a prevalência desta ou daquela! O que é isso, ministro?

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Não, ministro. Nós estamos diante de uma realidade. Nós não estamos fazendo doutrina sobre o que se pode fazer ou o que não se pode fazer. Nós estamos diante de uma realidade. Nós temos dois processos, com decisões transitadas em julgado, em relação ao mesmo fato e ao mesmo paciente: é saber qual das duas deve prevalecer, as duas transitadas em julgado.

Essa é a questão.

VOTO

O sr. ministro Marco Aurélio: Presidente, peço vênia ao relator para indeferir a ordem tal como formalizada pelo impetrante. Concedo-a de ofício, para assentar a insubsistência do segundo julgamento, ou seja, do julgamento da ação superveniente à primeira, considerada a mesma imputação.

É como voto.

O sr. ministro Dias Toffoli: Aí é *reformatio in pejus.*

O sr. ministro Luiz Fux (relator): *Reformatio in pejus.*

O sr. ministro Marco Aurélio: Não é reforma prejudicial porque o paciente, até aqui, está duplamente apenado. Afasto uma das condenações, ou seja, a segunda.

A sra. ministra Cármen Lúcia (presidente): Aliás o parecer do Ministério Público é no sentido, exatamente, do voto do ministro Marco Aurélio.

O sr. ministro Marco Aurélio: O que confirma a minha origem!

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Não é com essa ideologia de afastar a dupla condenação.

A sra. ministra Cármen Lúcia (presidente): O que significa que não haveria o *reformatio in pejus,* pelo menos no...

O sr. ministro Luiz Fux (relator): O parecer do Ministério Público não é no sentido de afastar duas condenações.

O sr. ministro Dias Toffoli: O parecer do Ministério Público afasta a condenação da 6ª Vara, que é a menos grave.

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Para poder fazer prevalecer a mais grave. É diferente.

O sr. ministro Dias Toffoli: Não, ele afasta a da 6ª Vara, que é a menos grave.

A sra. ministra Cármen Lúcia (presidente): É, que é a menos grave.

O sr. ministro Marco Aurélio: Apenas não podemos partir para o par ou ímpar. Desde que não partamos para o par ou ímpar, a solução da maioria será a que se presumirá correta.

PEDIDO DE VISTA

O sr. ministro Dias Toffoli: Eu vou pedir vista.

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Até peço vênia pela eloquência, ministro Marco Aurélio, mas, aqui, é uma questão apaixonante.

O sr. ministro Marco Aurélio: Vossa Excelência disse que o caso era interessante, e, realmente, é.

O sr. ministro Dias Toffoli: O caso é interessante, vamos refletir.

PEDIDO DE EXPLICAÇÃO

O sr. ministro Marco Aurélio: Peço, apenas, que Vossa Excelência – até para justificar o pedido de vista – consigne o ponto de vista no sentido de indeferir a ordem como realmente pleiteada e concedê-la de ofício, para fulminar o segundo decreto condenatório.

DEBATE

O sr. ministro Marco Aurélio: O ministro Dias Toffoli traz, inclusive, outra situação: na primeira ação, a condenação, e, na segunda, a absolvição. Prevaleceria a absolvição?

O sr. ministro Dias Toffoli: A minha preocupação sempre é que, ao julgar casos concretos, sendo a Suprema Corte, nós sinalizamos para toda uma jurisprudência, para todo o sistema judicial. Então, daí a cautela, uma reflexão.

A sra. ministra Cármen Lúcia (presidente): Muito bem-vindo o pedido de vista de Vossa Excelência.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Há uma coisa interessante, um raciocínio *a latere*, tanto o eminente relator quanto o Ministério Público estabelecem – o relator, em seu voto, e o Ministério Público, em seu parecer – que, realmente, há um *bis in idem*.

Eu tenho uma certa resistência a examinar fatos e provas em sede de *habeas corpus*, mas estou partindo do pressuposto de que realmente há essa duplicidade de condenações em torno do mesmo fato, *double Jeorpardy*, como dizem os americanos, os juristas anglo-saxões.

Agora, de qualquer maneira, a nossa experiência aqui tem demostrado que muitas vezes a alegação de um *bis in idem* na verdade não é realmente um *bis in idem*, porque os fatos são um pouco distintos dentro do processo.

A sra. ministra Cármen Lúcia (presidente): Parece que aqui o relator foi taxativo ao afirmar, desde o início, que, rigorosamente, o mesmo fato, a mesma data, tudo igual. Ele foi processado duas vezes.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Ambos foram bem taxativos, dizendo que os fatos...

O sr. ministro Dias Toffoli: Porque ele não alegou litispendência. Ele apostou numa absolvição em alguma delas, "lotericamente", para, depois, vir pedir a prevalência da decisão que lhe seja mais favorável...

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: E uma coisa interessante, essa questão nunca foi discutida nas instâncias anteriores.

O sr. ministro Dias Toffoli: (Cancelado)

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Exatamente. Eu digo aqui o seguinte: analisem o processo e vão verificar que é a mesma coisa. Quando, na coisa julgada, não há supressão de instância de nós conhecermos a uma dupla condenação pelo mesmo fato, eu não entendi que isso seria um obstáculo de nós analisarmos. Então, eu fui à tese mesmo.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Aí é uma ilegalidade flagrante mesmo, não há dúvida nenhuma.

A sra. ministra Cármen Lúcia (presidente): Neste caso há um constrangimento, a pessoa não pode estar condenada duas vezes, por dois processos, pelo mesmo fato.

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Eu sei, presidente, mas não posso dizer: é um constrangimento; então, já que é um constrangimento, vou lhe condenar, vou lhe deixar a pior condenação a seu dispor. É isso que eu acho uma contradição.

O sr. ministro Dias Toffoli: Não é a pior condenação, aqui. Sem adiantar a minha posição, que eu vou refletir, mas a perspectiva do ministro Marco Aurélio é a do processo legitimamente instaurado; o outro não poderia ter sido instaurado.

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Mas que gerou a pior condenação.

O sr. ministro Dias Toffoli: O outro não poderia ter sido instaurado.

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Mas eu não conheço *querelas nullitatis* insanável no processo penal. Eu acho que transitou em julgado a decisão.

O sr. ministro Dias Toffoli: Ele não alegou a litispendência, provavelmente apostando numa possibilidade de, numa delas, ser absolvido, ou, como ocorreu, de ter uma pena menor.

Enfim, vamos refletir, mas que, realmente, sai da rotina dos casos repetitivos que temos tido, sai.

EXTRATO DA ATA

HC 101.131/DF – Relator: Ministro Luiz Fux. Paciente: Renan Rodrigues de Sousa. Impetrante: Defensoria Pública do Distrito Federal (Procurador: Defensor público-geral do Distrito Federal). Coator: Relator do Recurso Especial 1.027.847 do Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: Após o voto do ministro Luiz Fux, relator, que concedia a ordem de *habeas corpus* para fazer prevalecer o segundo decreto condenatório, e do voto do ministro Marco Aurélio, que denegava a ordem, mas a concedia, de ofício, pediu vista do processo o ministro Dias Toffoli. Presidência da ministra Cármen Lúcia.

Presidência da ministra Cármen Lúcia. Presentes à sessão os ministros Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski, Dias Toffoli e Luiz Fux. Subprocuradora-geral da República, dra. Cláudia Sampaio Marques.

Brasília, 5 de abril de 2011 – Carmen Lilian, coordenadora.

EXPLICAÇÃO

O sr. ministro Dias Toffoli: Senhora presidente, rememoro o caso:

Habeas corpus com pedido de liminar impetrado pela Defensoria, em favor de Renan Rodrigues de Sousa, no qual se aponta como autoridade coatora o ministro Nilson Naves, do STJ, que proveu parcialmente o recurso especial interposto a favor do paciente.

Alega a impetrante, em síntese, o constrangimento ilegal imposto ao paciente, tendo em vista ter sido ele processado e condenado pelos mesmos fatos, em duas ações penais distintas.

Houve a tramitação de um processo penal contra o réu, o paciente, aqui, no *habeas corpus*, e uma outra ação penal. Não se alegou na segunda ação penal a litispendência. Ao fim e ao cabo, no juízo prevento, no que primeiro atuou e oficiou, houve uma condenação um pouco maior do que na segunda ação.

O voto do eminente ministro Luiz Fux é no sentido de que a sentença se equipara a uma norma no caso concreto e Sua Excelência, então, votou no sentido de conceder a ordem para fazer valer a sentença do segundo processo, que ademais, em termos de tempo, era mais recente e menos grave do que a do primeiro quanto à pena fixada.

Eu ouso divergir de Sua Excelência para acompanhar o voto do eminente ministro Marco Aurélio. E trago aqui alguns precedentes do Supremo Tribunal Federal.

A sra. ministra Cármen Lúcia (presidente): Denegando a ordem, portanto.

O sr. ministro Dias Toffoli: De qualquer sorte, eu denego a ordem, mas concedo de ofício, para fins de tirar a segunda condenação, para ele não ficar com duas.

A sra. ministra Cármen Lúcia (presidente): Com dupla condenação.

O sr. ministro Dias Toffoli: Exatamente.

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Mas, de qualquer maneira, fica diferente agora, porque eu dei a característica da sentença a uma ordem normativa e apliquei o princípio da *lex mitior*. Prevalece a segunda sentença cuja pena é menor. Ele foi condenado duas vezes, pelo mesmo fato. Então, na convivência dessas duas coisas julgadas, eu optei pela coisa julgada menos grave.

VOTO-VISTA

O sr. ministro Dias Toffoli: Rememoro o caso para uma perfeita compreensão da controvérsia.

Cuida-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado pela Defensoria Pública do Distrito Federal e dos Territórios em favor de Renan Rodrigues de Sousa, no qual se aponta como autoridade coatora o ministro **Nilson Naves**, do Superior Tribunal de Justiça, que proveu parcialmente o REsp 1.027.847/DF interposto em favor do paciente.

Alega a impetrante, em síntese, o constrangimento ilegal imposto ao paciente, tendo em vista ter sido ele processado e condenado pelos mesmos fatos em duas ações penais distintas.

Afirma que essa circunstância afronta os princípios do *ne bis in idem* e da coisa julgada.

Entende, ainda, que deve prevalecer, no caso, a segunda sentença, que foi proferida pela 6ª Vara Criminal da Circunscrição Especial Judiciária de Brasília/DF (Processo 2005.01.1.0236280), por dois motivos: 1) por conter pena mais favorável ao paciente; e 2) por ter transitado para a acusação em 8-5-2007. Portanto, antes da primeira sentença, emanada da 7ª Vara Criminal da Circunscrição Especial Judiciária de Brasília/DF (Processo 2005.01.1.0033154), transitada em 29-8-2008 para a acusação e com pena mais enérgica ao paciente (fl. 5 da inicial).

Requer, liminarmente, a concessão da ordem para que seja cassada a sentença decorrente da 7ª Vara Criminal da Circunscrição Especial Judiciária de Brasília/DF, por suposta ofensa à coisa julgada.

A medida cautelar foi indeferida pelo então relator, o eminente ministro **Eros Grau** (fl. 48), e o Ministério Público Federal, pelo parecer do ilustre subprocurador-geral da República dr. **Mario José Gisi**, opinou pelo conhecimento da impetração de ofício e, nessa esteira, pela concessão parcial da ordem para anular o processo penal decorrente da 6ª Vara Criminal da Circunscrição Especial Judiciária de Brasília/DF (fls. 60 a 64).

Em sessão desta Primeira Turma, o atual relator, o ilustre ministro **Luiz Fux**, votou pela concessão da ordem de ofício, para revogar a condenação proferida contra o paciente no processo penal oriundo da 7ª Vara Criminal da Circunscrição Especial Judiciária de Brasília/DF. Naquela oportunidade, visando a uma maior reflexão acerca da matéria, pedi vista do autos.

É o breve relatório.

Inicialmente destaco, assim como salientou o eminente relator em seu voto, que, por se tratar de questão de ordem pública aferível de plano, é possível o seu conhecimento de ofício.

Portanto, passo à análise do conjunto fático.

Consta nos autos que, no dia 28-11-2004, nas proximidades de um "ferro velho" localizado entre a Divineia e a Metropolitana, no Núcleo Bandeirante/DF, o paciente, mediante grave ameaça exercida com o emprego de arma de fogo, subtraiu para si, da vítima Maria Elenice Alves de Oliveira, uma bolsa preta contendo R$ 4,00 em espécie e diversos objetos pessoais de sua propriedade (fls. 8/9 e 37/38).

Em razão desses fatos, duas denúncias foram oferecidas pelo *Parquet* distrital contra o paciente, que originaram as AP 2005.01.1.0033154 e AP 2005.01.1.0236280, movidas, respectivamente, na 7ª Vara Criminal da Circunscrição Especial Judiciária de Brasília/DF e na 6ª Vara Criminal da mesma Circunscrição Judiciária. Em ambas, com diferença apenas no montante da pena, o paciente restou condenado pelos fatos narrados anteriormente.

Portanto, não há dúvidas acerca da existência da figura do *bis in idem* no caso concreto.

Pois bem, a primeira ação penal instaurada origina-se do Juízo da 7ª Vara Criminal da Circunscrição Especial Judiciária de Brasília/DF, que **recebeu a denúncia na data de 7-6-2005** (fl. 6). Nesse processo, o paciente restou condenado, em 6-10-2006 (fls. 12 a 18), à pena de cinco anos e oito meses de reclusão, posteriormente reduzida pelo Superior Tribunal de Justiça ao patamar de cinco anos e quatro meses de reclusão (fls. 24 a 26). A sentença **transitou em julgado em 29-8-2008** (fl. 27).

Já a segunda ação penal instaurada origina-se do Juízo da 6ª Vara Criminal da Circunscrição Especial Judiciária de Brasília/DF, que **recebeu a denúncia em 7-7-2006** (fl. 35). Nessa demanda, o paciente restou condenado, em 25-4-2007 (fls. 39 a 44), à pena de seis anos, dois meses e vinte dias de reclusão, posteriormente reduzida pelo Superior Tribunal de Justiça ao patamar de quatro anos, cinco meses e dez dias de reclusão (fls. 29 a 31). A sentença **transitou em julgado em 19-5-2009** (fl. 34).

Fixadas essas premissas, destaco que o que está em jogo é saber se o fenômeno processual da litispendência criada pela instauração da primeira ação penal no Juízo da 7ª Vara Criminal da Circunscrição Especial Judiciária de Brasília/DF obstaculizava o processamento da segunda ação penal no Juízo da 6ª Vara Criminal da Circunscrição Especial Judiciária de Brasília/DF, como ressaltou o eminente ministro **Marco Aurélio** na assentada anterior, ou se, conforme sustentado pelo eminente relator, em brilhante voto que trouxe, prevaleceria a condenação decorrente dessa segunda ação penal, visto que, em razão da natureza normativa das decisões judiciais, se justificaria "a aplicação do princípio norteador do conflito aparente de normas penais no tempo, vale dizer, prevalece a norma posterior sobre a anterior".

Conforme os §§ 1º, 2º e 3º do art. 301 do Código de Processo Civil, a litispendência ocorre quando se repete uma ação que está em curso, exigindo-se para sua configuração a existência da tríplice identidade: a das partes, a do pedido e a da causa de pedir. A consequência desse fenômeno processual é a extinção do segundo processo, sem julgamento de mérito, nos termos do art. 267, V, do Código de Processo Civil.

A eficácia dessa norma processual civil pode, perfeitamente, ser emprestada ao processo penal, por força do que dispõe o art. 3º do Código de Processo Penal:

Art. 3º A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito.

O magistério de **Marcelo Abelha Rodrigues** sobre o conceito legal de litispendência nos diz, *in verbis*, que:

> A litispendência é a identidade de ações. Há litispendência, consoante Teresa Alvim Wambier, quando existe uma outra "ação idêntica, pendendo perante outro, ou o mesmo juízo, contemporaneamente", desde que presentes, portanto, os três elementos identificadores das ações – partes, causa de pedir e pedido.
>
> Veja que o pedido, tanto o mediato quanto o imediato, e a causa de pedir próxima e remota devem ser as mesmas. Não basta apenas umas das causas de pedir ou uma do tipo de pedido. O pedido imediato é a tutela processual e o pedido mediato é a tutela material. A causa de pedir próxima é o fato e a causa de pedir remota é o fundamento de direito sobre o qual subsume o fato [*Elementos de direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2000. v. 1, p. 356 a 357.]

Na esteira desse raciocínio, como lembrado pelo ministro **Luiz Fux** em seu voto, **José Frederico Marques** preleciona que:

> Um dos efeitos da litispendência é o de impedir o desenrolar e a existência de um segundo processo para o julgamento de idêntica acusação. Resulta, pois, da litispendência, o direito processual de arguir o *bis in idem*, mediante *exceptio litis pendentis*.
>
> Segundo disse *Chiovenda*, assim "como a mesma lide não pode ser decidida mais de uma vez (*exceptio rei judicatae*), assim também não pode pender simultaneamente mais de uma relação processual sobre o mesmo objeto entre as mesmas pessoas. Pode, portanto, o réu excepcionar que a mesma lide pende já perante o mesmo juiz ou perante juiz

> diverso, a fim de que a segunda constitua objeto de decisão com a primeira por parte do juiz invocado antes". [*Elementos de direito processual penal*. Atual. Eduardo Reale Ferrari e Guilherme Madeira Dezem. Campinas/SP: Millennium, 2009. v. 2.]

Aliás, esse entendimento doutrinário está presente na jurisprudência da Corte, que, de longa data, assim já se posicionou:

> Dupla condenação pelo mesmo crime. Impossibilidade. Se resulta dos autos que o paciente foi processado em juízos diferentes, mas pelo mesmo crime - pois embora diferenças mínimas não chegam a perturbar a certeza de que assim ocorreu - e veio ele a ser condenado nas duas ações penais, é de deferir-se o *habeas corpus* para prevalecer apenas aquela sentença proferida pelo juiz prevento [HC 68.386/ DF, Segunda Turma, rel. min. **Aldir Passarinho**, *DJ* de 1º-3-1991.]

No mesmo sentido, de relatoria do eminente ministro **Djaci Falcão**, destaco o HC 64.215/SP, Segunda Turma, *DJ* de 21-11-1986; e HC 62.480/SP, Segunda Turma, *DJ* de 31-5-1985.

Em julgado desta Primeira Turma, restou preconizado o entendimento de que "não pode subsistir a condenação ocorrida no segundo processo, instaurado com o recebimento da denúncia a 7 de maio de 1993 (Processo 237/1993) já que, antes disso, ou seja, a 4 de maio de 1993, havia outra" (HC 72.364/SP, Primeira Turma, rel. min. **Sydney Sanches**, *DJE* de 23-2-1996). Ainda dessa decisão extrai-se que "a litispendência impediu que validamente se formasse o segundo processo e, em consequência, que validamente se produzisse ali a condenação".

Mutatis mutandis, ao julgar a Ext 951/Itália, destacou o relator, ministro **Marco Aurélio**, que "havendo o processo de extradição anterior desaguado na extinção sem pronunciamento quanto ao mérito, possível é a renovação, sem que se possa cogitar de pressuposto negativo de desenvolvimento válido - a litispendência ou a coisa julgada" (Tribunal Pleno, *DJ* de 9-9-2005).

Verifica-se, portanto, que esse entendimento faz parte da histórica jurisprudência da Corte e permanece inalterado até os dias atuais.

No caso, restou demonstrado que os fatos que resultaram na dupla condenação são exatamente os mesmos, veja-se que o pedido de sanção a ser aplicada, as partes em litígio e o fato pelo qual o autor postula a condenação são os mesmos.

Presente, portanto, a tríplice identidade configuradora da litispendência.

Daí por que entendo que a preclusão maior ocorrida no segundo processo, que, nas palavras do ministro **Marco Aurélio**, "faz do quadrado redondo e do redondo quadrado", é insubsistente e não pode, *data venia*, produzir efeitos no mundo jurídico, pois decorre de processo nulo por excelência.

A potencializar esse raciocínio, conforme bem lembrado pelo Ministério Público Federal "*a segunda condenação tornou-se irrecorrível após o trânsito em julgado da primeira condenação, razão pela qual também resta evidenciada a violação à coisa julgada*".

Com a *venia* do eminente relator, entendo que levar a efeito o ponto de vista externado por sua excelência, a meu ver, seria, na eventualidade de se repetir uma ação penal já em curso – não tendo o juízo, *ex officio*, fulminado, de plano, a ação repetida –, facultar à defesa não arguir a litispendência e apostar em uma absolvição ou em uma condenação mais branda por um dos juízos, vindo a postular, posteriormente, pela via do *habeas corpus*, em vista do constrangimento ilegal decorrente da violação do princípio do *ne bis in idem*, a validade da sentença que o tenha absolvido ou o tenha condenado a uma pena menor, pouco importando se a decisão mais favorável decorra da primeira ação ou daquela que se repete, como eu havia alertado anteriormente na sessão inaugural.

Por isso, eu aplico à espécie os consectários legais que decorrem do fenômeno processual da litispendência. Essa, a meu ver, parece ser a ordem natural a ser observada antes de alcançarmos a discussão sobre a prevalência de uma coisa julgada sobre a outra.

Por tudo quanto exposto, pedindo *venia* mais uma vez ao eminente relator, que expôs brilhantemente a sua tese em substancioso voto, acompanho a divergência inaugurada pelo ministro **Marco Aurélio** e denego a ordem, concedendo-a, no entanto, de ofício, para anular integralmente a AP 2005.01.1.0236280, oriunda da 6ª Vara Criminal da Circunscrição Especial Judiciária de Brasília/DF.

É como voto.

DEBATE

A sra. ministra Cármen Lúcia (presidente): Então, ainda é diferente até do voto do ministro Marco Aurélio, porque ele denega e Vossa Excelência não conhece.

O sr. ministro Dias Toffoli: O ministro Marco Aurélio sempre conhece.

A sra. ministra Cármen Lúcia (presidente): Ele denega e concede de ofício.

O sr. ministro Dias Toffoli: Porque o pedido feito pela Defensoria é exclusivamente para se declarar nula a sentença da 7ª Vara, que é a preventa.

O sr. ministro Luiz Fux (relator): É a mais grave.

A sra. ministra Cármen Lúcia (presidente): É a primeira.

O sr. ministro Dias Toffoli: É a primeira.

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Senhora presidente, deixa eu só fazer a seguinte ponderação.

O sr. ministro Dias Toffoli: Eu não conheço. Na verdade, eu vou reajustar, eu denego. Como houve o pedido, eu denego e concedo de ofício, para estabelecer a nulidade da sentença da 6ª Vara.

O sr. ministro Luiz Fux (relator): É a menos grave, prevalece a mais grave.

A sra. ministra Cármen Lúcia (presidente): É, eu sei.

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Agora, o raciocínio seria o seguinte, quer dizer, a premissa em que está se baseando é a seguinte: como o segundo processo repetiu uma ação que era litispendente, esse segundo processo é nulo. Muito bem, essa é a premissa. Agora, no meu modo de ver, por que essa é uma premissa que não está de acordo com o sistema atual? O que diz a lei? Há coisa julgada quando se repete uma ação que já foi definitivamente julgada, que é muito pior; há coisa julgada quando se repete uma ação que já foi definitivamente julgada. E o que diz a lei? Cabe ação rescisória por violação da coisa julgada. Ou seja, essa segunda ação julgada, repetindo a ação que já foi definitivamente julgada, é rescindível por violação da primeira coisa julgada. Isso significa dizer que, enquanto ela não for rescindível, ela está de pé. É o problema da existência de duas coisas julgadas: qual delas deve valer?

Além desse raciocínio técnico, porque está na lei que ela é rescindível pela coisa julgada, nós estamos no campo penal. E a pena dessa segunda ação que transitou em julgado ainda é menor. Então, como é que nós vamos desconhecer um processo que transitou em julgado com uma pena menor? Dizer que estamos anulando a título de quê? *Querela nullitatis insanabilis*? Sem ação rescisória? Sem revisão criminal? Estamos desconsiderando a existência dele?

A sra. ministra Cármen Lúcia (presidente): Mas o ministro Dias Toffoli põe, a meu ver muito bem, que a litispendência não foi alegada.

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Isso é indiferente, porque a coisa julgada e a litispendência...

A sra. ministra Cármen Lúcia (presidente): Não, porque aí a defesa deixou o processo correr.

O sr. ministro Dias Toffoli: A defesa deixou o processo correr.

A sra. ministra Cármen Lúcia (presidente): Houve um segundo processo, nesse processo se optou.

O sr. ministro Luiz Fux (relator): A pena é menor.

A sra. ministra Cármen Lúcia (presidente): Mas é o jurisdicionado que escolhe a pena? Como indaga o ministro.

O sr. ministro Dias Toffoli: O que eu entendo? (Na linha do que manifestou o ministro Marco Aurélio, no seu primeiro voto divergente neste processo) O segundo processo não teve validade, ele é nulo por conta da litispendência.

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Mas ele existiu no mundo jurídico, tem que ser tirado do mundo jurídico de alguma maneira, não pode ser por ficção.

O sr. ministro Dias Toffoli: Sim, estou tirando com esse voto. Por isso

que eu concedo de ofício, porque não foi pedida a retirada deste, foi pedida a retirada do outro. Mas, de qualquer sorte, não pode o paciente ficar com duas condenações sobre o mesmo fato.

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Mas aí Vossa Excelência, *data venia*, está dizendo: o paciente não pode ficar com duas condenações, um pobre coitado, então toma a condenação mais grave. É isso.

A sra. ministra Cármen Lúcia (presidente): Sim, mas acontece que ele também não pode escolher qual é a decisão que ele quer.

O sr. ministro Dias Toffoli: Escolher lotericamente o sabor. E o mais grave aqui é que a Defensoria Pública do Distrito Federal atuou nas duas causas.

A sra. ministra Cármen Lúcia (presidente): É o mesmo órgão de defesa.

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Mas como que ele escolheu? Pois a ação penal é do Ministério Público, foi o Ministério Público que o acionou duas vezes.

A sra. ministra Cármen Lúcia (presidente): E ele foi defendido pelo mesmo órgão, a Defensoria.

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Sim, mas ele foi acionado em dois lugares diferentes pelo mesmo fato.

O sr. ministro Dias Toffoli: As divergências estão bastante claras. O eminente ministro Luiz Fux, relator, com um brilhante voto, fundamentado, com o raciocínio brilhante de sempre, tem a posição de que deve prevalecer a decisão mais favorável, que teria revogado a primeira, como norma ao caso concreto, por analogia ao que se faz com a norma penal, devendo prevalecer a mais recente e mais benéfica.

A sra. ministra Cármen Lúcia (presidente): De toda sorte, ainda que venha prevalecer o voto de Vossa Excelência, é certo que nós, neste *habeas corpus*, estamos tirando uma das condenações do mundo jurídico.

VOTO

A sra. ministra Cármen Lúcia (presidente): Vou pedir vênia a Vossa Excelência para acompanhar a divergência, porque eu entendo que, se o segundo foi nulo, há de prevalecer o primeiro. Neste caso, qualquer que fosse a linha adotada, um deles não prevaleceria.

Peço vênia ao ministro relator, mas acompanho a divergência também no sentido de denegar a ordem, mas conceder de ofício para fazer prevalecer apenas a decisão proferida.

DEBATE

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Senhora presidente, aqui também tem um detalhe que já não é mais a minha tese. Quer dizer, nós vamos, num *habeas corpus* do paciente, dar a ele uma solução pior do que a que ele teria se não tivesse interposto o *habeas corpus*.

A sra. ministra Cármen Lúcia (presidente): Não. Pior seria ter as duas.

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Não. Ele está pedindo que prevaleça a segunda, que é menos grave. São aqueles casos com duas sentenças transitadas em julgado em relação ao mesmo fato.

A sra. ministra Cármen Lúcia (presidente): Ministro Marco Aurélio, Vossa Excelência divergiu, iniciou uma divergência, que está prevalecendo, no HC 101.131, que foi relatado pelo ministro Luiz Fux. Houve dois processos. No primeiro julgamento, ele foi condenado; no segundo, idem. Porém, no segundo julgamento, ele obteve uma pena menor que no primeiro. E ele impetra o *habeas corpus*, e o ministro relator votou no sentido de conceder a ordem para fazer prevalecer a segunda decisão que era menos gravosa. Vossa Excelência divergiu e denegou a ordem, mas concedeu de ofício para declarar nulo o segundo processo, porque era litispendente, e fazer prevalecer o processo – digamos – válido.

O ministro Dias Toffoli traz voto-vista acompanhando Vossa Excelência, dizendo exatamente que o primeiro processo acabou e deu aquela decisão. O segundo processo já não valia, logo ele não pode escolher o jurisdicionado. Eu estou acompanhando a divergência.

O sr. ministro Marco Aurélio: Quer pela litispendência, quer pela coisa julgada. Seria pressuposto negativo de desenvolvimento válido do segundo processo.

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Como as duas transitaram... Elas vivem no mundo, nós precisamos tirar uma delas.

O sr. ministro Marco Aurélio: Sim, mas a que transitou em julgado, em primeiro lugar, foi a do processo inicial?

A sra. ministra Cármen Lúcia (presidente): Da 7ª Vara.

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Aí, eu digo o seguinte: Como é que nós vamos conciliar isso com um caso de cabimento de revisão por violação da coisa julgada? Foi o que houve, foi uma violação da coisa julgada. Não teríamos como encaixar essa questão.

Eu já estou vencido nesta parte, não tem problema. Mas não estou conseguindo entender o seguinte: há duas sentenças no mundo jurídico, como é que vou afastar essa segunda sentença?

A sra. ministra Cármen Lúcia (presidente): Mas o voto de Vossa Excelência também afastava, mas só que afastava a primeira.

O sr. ministro Marco Aurélio: É a consequência. Vamos admitir que, já havendo coisa julgada, surgisse essa segunda ação. Evidentemente, teríamos o concurso do pressuposto negativo de validade desse segundo processo.

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Só que ela já foi embora. Sem pressuposto, ela foi embora.

O sr. ministro Marco Aurélio: Não importa, o defeito é originário.

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Eu sei. Mas, aqui, está se dizendo o

seguinte: No *habeas corpus* do paciente, está-se declarando nula a sentença que é mais favorável ao paciente. Então, ele teria uma situação melhor se não tivesse impetrado nada.

O sr. ministro Marco Aurélio: Ele, hoje, tem dupla condenação.

A sra. ministra Cármen Lúcia (presidente): Teria duas sentenças. Tem dupla condenação.

O sr. ministro Dias Toffoli: Ele fez o pedido de anular a primeira condenação.

A sra. ministra Cármen Lúcia (presidente): Não piorou a situação dele não.

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Então, o resultado correto é denegar a ordem. Denega a ordem de não favorecer...

O sr. ministro Marco Aurélio: Vamos inverter a situação concreta.

Vossa Excelência ficou muito impressionado com a apenação. A apenação, no segundo processo, foi menos gravosa. E se fosse o inverso? Vossa Excelência homenagearia a segunda prestação jurisdicional?

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Não. Por quê? Porque o meu voto diz que a sentença é equiparável à ordem normativa. Então aplica-se sempre a *lex mitior*. O meu fundamento é nesse sentido.

O sr. ministro Marco Aurélio: Há uma construção interessante.

O sr. ministro Dias Toffoli: Eu trouxe em meu voto, ministro Marco Aurélio, jurisprudência da Corte que corrobora o entendimento da divergência inicial lançada por Vossa Excelência, dizendo que a listispendência faz nulo o segundo processo, devendo prevalecer, portanto, a decisão tomada pelo juízo prevento.

O sr. ministro Marco Aurélio: Poderia ter nascido, surgido?

A sra. ministra Cármen Lúcia (presidente): Sim.

O sr. ministro Dias Toffoli: Ademais, também trouxe como fundamento que isso seria deixar, ao sabor lotérico da defesa, correr o processo, para, depois, ter mais de uma chance de absolvição. E é dever da parte alegar a litispendência.

A sra. ministra Cármen Lúcia (presidente): É, conforme a solução, ele entrava. Então, é o jurisdicionado que escolhe?

O sr. ministro Dias Toffoli: É dever. As normas processuais impõem como dever.

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Mas esse argumento não dá. O Ministério Público propôs duas ações em lugares diferentes.

A sra. ministra Cármen Lúcia (presidente): E a Defensoria Pública atuou como defesa nos dois e não alegou.

O sr. ministro Dias Toffoli: A mesma instituição, a mesma defensoria, atuou nos dois processos. Ficou ao sabor lotérico.

O sr. ministro Marco Aurélio: Um dos dois era eletrônico? Teremos consequências seriíssimas com o processo eletrônico, mais, ainda, com o julgamento de colegiado virtual. Vamos aguardar.

O sr. ministro Dias Toffoli: São adaptações às novas tecnologias.

A sra. ministra Cármen Lúcia (presidente): Vamos ter que nos reinventar.

O sr. ministro Marco Aurélio: Não sou troglodita em relação à modernidade, mas é difícil conceber julgamento virtual em Colegiado.

Digo sempre: um suspiro no Supremo – e introduzirmos essa prática na repercussão geral, com o Plenário virtual – é observado, no que convém, pelos demais órgãos do Judiciário. Dois tribunais – o do Rio de Janeiro e o de São Paulo – já editaram resolução para ter-se, até mesmo no tocante ao recurso por excelência, que é a apelação, o julgamento virtual.

Creio que algum dia, talvez, segundo as palavras do ministro Joaquim Barbosa – ele disse isso no Plenário –, chegará a época em que não precisaremos mais vir ao Supremo. De qualquer parte do mundo, votaremos nos processos. Será o fim do Colegiado propriamente dito.

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Senhora presidente, como o ministro Marco Aurélio entendeu interessante a tese suscitada, em homenagem a Sua Excelência, farei a juntada de meu voto.

EXTRATO DA ATA

HC 101.131/DF – Relator: Ministro Luiz Fux. Relator para o acórdão: Ministro Marco Aurélio. Paciente: Renan Rodrigues de Sousa. Impetrante: Defensoria Pública do Distrito Federal (Procurador: Defensor público-geral do Distrito Federal). Coator: Relator do Recurso Especial 1.027.847 do Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: Por maioria de votos, a Turma denegou a ordem de *habeas corpus*, mas a concedeu, de ofício, para fazer prevalecer, exclusivamente, a decisão proferida no primeiro processo, nos termos do voto do ministro Marco Aurélio, relator para o acórdão, vencido o ministro Luiz Fux, relator, que concedia a ordem para fazer prevalecer o segundo decreto condenatório. Presidência da ministra Cármen Lúcia.

Presidência da ministra Cármen Lúcia. Presentes à sessão os ministros Marco Aurélio, Dias Toffoli e Luiz Fux. Subprocurador-geral da República, dr. Paulo de Tarso Braz Lucas.

Brasília, 25 de outubro de 2011 – Carmen Lilian, coordenadora.

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO 707.810 – RJ

Relatora: A sra. ministra Rosa Weber

Agravante: Estado do Rio de Janeiro

Agravada: Associação do Clube da Maior Idade do Rio de Janeiro

Direito administrativo. Transporte coletivo. Gratuidade para o idoso. Mandado de segurança concedido na origem. Dever de fiscalização e de expedição de norma pelo Estado. Ofensa à Constituição Federal não configurada.

Eficácia plena e aplicabilidade imediata do art. 230, § 2º, da Constituição Federal, que assegurou a gratuidade nos transportes coletivos urbanos aos maiores de 65 anos, reconhecida em precedente desta Corte (ADI 3.768/DF, rel. min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, *DJE* de 26-10-2007).

Possibilidade de o Poder Judiciário determinar, em casos excepcionais, que o Poder Executivo adote medidas que viabilizem o exercício de direitos constitucionalmente assegurados. Ofensa ao princípio da separação de poderes não configurada. Precedentes.

Agravo regimental conhecido e não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Supremo Tribunal Federal, em Primeira Turma, sob a presidência do ministro Dias Toffoli, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto da relatora.

Brasília, 22 de maio de 2012 – Rosa Weber, relatora.

RELATÓRIO

A sra. ministra Rosa Weber: Contra a decisão proferida pela eminente ministra Ellen Gracie, pela qual negou seguimento a agravo de instrumento, forte nas Súmulas 282, 283 e 356/STF, maneja agravo regimental o Estado do Rio de Janeiro.

O agravante refuta a ausência de prequestionamento, alegando que "a ofensa ao artigo 2º da CF foi um dos motivos justificadores da interposição dos embargos de declaração" (fl. 95). Sustenta que "a petição de recurso extraordinário do Estado aponta a incorreção da aplicação do art. 230, § 2º/CF,

às fls. 38 dos presentes autos, não restando, por isso, inatacado o fundamento do acórdão recorrido, no ponto" (fl. 96).

Substituição do relator à fl. 101 (art. 38 do RISTF).

É o relatório.

VOTO

A sra. ministra Rosa Weber (relatora): Preenchidos os pressupostos genéricos, **conheço** do agravo regimental e passo ao exame do mérito.

Transcrevo o teor da decisão que desafiou o agravo:

> 1. Trata-se de agravo de instrumento de decisão que inadmitiu recurso extraordinário interposto contra acórdão que concedeu a segurança, no qual se discutiu a gratuidade nos transportes coletivos urbanos concedidos aos cidadãos maiores de 65 anos, nos termos do art. 230, § 2º, da Constituição Federal.
>
> No recurso extraordinário, sustenta-se ofensa ao art. 2º da Constituição Federal.
>
> 2. O recurso não merece prosperar. Preliminarmente, verifico que o dispositivo ao qual se alegou violação não se encontra prequestionado, porque não abordado pelo acórdão recorrido, nem suscitado nos embargos de declaração opostos para satisfazer o requisito do prequestionamento. Incidem, na espécie, as Súmulas 282 e 356/STF.
>
> 3. Ademais, o fundamento do acórdão recorrido referente à incidência do art. 230, § 2º, da CF/1988 não foi objeto de impugnação pelo recurso extraordinário. Dessa forma, permanece inatacado fundamento autônomo suficiente para a manutenção do acordão recorrido, o que atrai a incidência da Súmula 283/STF.
>
> 4. Ante o exposto, **nego seguimento** ao recurso (art. 557, *caput*, do CPC).
>
> [Fls. 88-9.]

Após examinar as razões do agravo regimental, afasto os óbices das Súmulas 282, 283 e 356/STF, apontados na decisão agravada.

Contudo, não prospera a insurgência.

Não se divisa afronta direta aos dispositivos constitucionais invocados no recurso extraordinário, na forma exigida no art. 102, III, da Constituição Federal.

O Tribunal *a quo*, ao conceder a segurança pleiteada, consignou:

> O direito líquido e certo dos cidadãos com mais de sessenta e cinco anos da condução e gratuidade no transporte terrestre de passageiros estão garantidos constitucionalmente e a falta de fiscalização do cumprimento da norma é sem dúvida omissão da autoridade competente.

Ao declarar a constitucionalidade do art. 39 da Lei 10.741/2003 (Estatuto do Idoso), que assegurou a gratuidade nos transportes públicos aos maiores de 65 anos, no julgamento da ADI 3.768/DF, rel. min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, *DJE* de 26-10-2007, esta Corte reconheceu a eficácia plena e a aplicabilidade imediata da norma contida no art. 230, § 2º, da Constituição Federal, que dispõe:

> Art. 230. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.
>
> (...)
>
> § 2º Aos maiores de sessenta e cinco anos é garantida a gratuidade dos transportes coletivos urbanos.

Desse entendimento não divergiu o acórdão recorrido.

Tampouco há falar na apontada violação do art. 2º da Carta Magna. A jurisprudência desta Corte é firme no sentido da possibilidade de o Poder Judiciário determinar, em casos excepcionais, que o Poder Executivo adote medidas que viabilizem o exercício de direitos constitucionalmente assegurados, sem que tal atitude configure ingerência no poder discricionário da administração pública, ofensiva ao princípio da separação de poderes. Nesse sentido, cito o AI 589.398-AgR/SP, rel. min. Dias Toffoli, Primeira Turma, por unanimidade, *DJE* de 9-5-2012, cujo acórdão está assim ementado:

> Agravo regimental no agravo de instrumento. (...) Poder Judiciário. Determinação para implementação de políticas públicas. Violação do princípio da separação dos poderes. Não ocorrência. Precedentes. (...) O Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a administração pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais sem que isso configure violação do princípio da separação de poderes. Agravo regimental não provido.

Destaco, ainda, o seguinte trecho da decisão monocrática proferida na ADPF 45-MC/ DF, rel. min. Celso de Mello, *DJ* de 4-5-2004:

É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário – e nas desta Suprema Corte, em especial – a atribuição de formular **e** de implementar políticas públicas (*José Carlos Vieira de Andrade*, "**Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**", p. 207, item n. 5, 1987, Almedina, Coimbra), **pois**, nesse domínio, o encargo reside, **primariamente**, nos Poderes Legislativo e Executivo.

Tal incumbência, no entanto, **embora em bases excepcionais**, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, **se** e **quando** os órgãos estatais competentes, **por descumprirem** os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, **vierem a comprometer**, com tal comportamento, a eficácia **e** a integridade de direitos individuais **e/ou** coletivos **impregnados** de estatura constitucional, **ainda** que derivados de cláusulas **revestidas** de conteúdo programático.

Agravo regimental **conhecido** e **não provido**.

É como voto.

EXTRATO DA ATA

AI 707.810- AgR/RJ — Relatora: Ministra Rosa Weber. Agravante: Estado do Rio de Janeiro (Procurador: Procurador-geral do Estado do Rio de Janeiro). Agravada: Associação do Clube da Maior Idade do Rio de Janeiro (Advogados: Eveline Silva Bousada e outros).

Decisão: A Turma negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto da relatora. Unânime. Presidência do ministro Dias Toffoli.

Presidência do ministro Dias Toffoli. Presentes à sessão os ministros Marco Aurélio, Cármen Lúcia, Luiz Fux e Rosa Weber. Subprocurador-geral da República, dr. Wagner Mathias.

Brasília, 22 de maio de 2012 — Carmen Lilian Oliveira de Souza, secretária da Primeira Turma.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 566.621 – RS

Relatora: A sra. ministra Ellen Gracie
Recorrente: União
Recorrido: Ruy Cesar Abella Ferreira
Interessado: Estado do Rio Grande do Sul

Direito tributário – Lei interpretativa – Aplicação retroativa da Lei Complementar 118/2005 – Descabimento – Violação à segurança jurídica – Necessidade de observância da *vacatio legis* – Aplicação do prazo reduzido para repetição ou compensação de indébitos aos processos ajuizados a partir de 9 de junho de 2005.

Quando do advento da LC 118/2005, estava consolidada a orientação da Primeira Seção do STJ no sentido de que, para os tributos sujeitos a lançamento por homologação, o prazo para repetição ou compensação de indébito era de dez anos contados do seu fato gerador, tendo em conta a aplicação combinada dos arts. 150, § 4º; 156, VII; e 168, I, do CTN.

A LC 118/2005, embora tenha se autoproclamado interpretativa, implicou inovação normativa, tendo reduzido o prazo de dez anos contados do fato gerador para cinco anos contados do pagamento indevido.

Lei supostamente interpretativa que, em verdade, inova no mundo jurídico deve ser considerada como lei nova.

Inocorrência de violação à autonomia e independência dos Poderes, porquanto a lei expressamente interpretativa também se submete, como qualquer outra, ao controle judicial quanto à sua natureza, validade e aplicação.

A aplicação retroativa de novo e reduzido prazo para a repetição ou compensação de indébito tributário estipulado por lei nova, fulminando, de imediato, pretensões deduzidas tempestivamente à luz do prazo então aplicável, bem como a aplicação imediata às pretensões pendentes de ajuizamento quando da publicação da lei, sem resguardo de nenhuma regra de transição, implicam ofensa ao princípio da segurança jurídica em seus conteúdos de proteção da confiança e de garantia do acesso à Justiça.

Afastando-se as aplicações inconstitucionais e resguardando-se, no mais, a eficácia da norma, permite-se a aplicação do prazo reduzido relativamente às ações ajuizadas após a *vacatio legis*, conforme entendimento consolidado por esta Corte no enunciado 445 da Súmula do Tribunal.

O prazo de *vacatio legis* de 120 dias permitiu aos contribuintes não apenas que tomassem ciência do novo prazo, mas também que ajuizassem as ações necessárias à tutela dos seus direitos.

Inaplicabilidade do art. 2.028 do Código Civil, pois, não havendo lacuna na LC 118/2005, que pretendeu a aplicação do novo prazo na maior extensão possível, descabida sua aplicação por analogia. Além disso, não se trata de lei geral, tampouco impede iniciativa legislativa em contrário.

Reconhecida a inconstitucionalidade do art. 4º, segunda parte, da LC 118/2005, considerando-se válida a aplicação do novo prazo de cinco anos tão somente às ações ajuizadas após o decurso da *vacatio legis* de 120 dias, ou seja, a partir de 9 de junho de 2005. Aplicação do art. 543-B, § 3º, do CPC aos recursos sobrestados.

Recurso extraordinário desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, sob a presidência do ministro Cezar Peluso, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, em negar provimento ao recurso extraordinário, nos termos do voto da relatora.

Brasília, 4 de agosto de 2011 — Ellen Gracie, relatora.

RELATÓRIO

A sra. ministra Ellen Gracie: 1. Trata-se de recurso extraordinário fundamentado no art. 102, III, *b*, da Constituição Federal, interposto contra acórdão que, aplicando decisão tomada pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região em sede de arguição de inconstitucionalidade, considerou inconstitucional a segunda parte do art. 4º da LC 118/2005, tendo em vista que o art. 3º da mesma lei somente poderia "ter eficácia prospectiva, incidindo apenas sobre situações que venham a ocorrer a partir de sua vigência, não se aplicando às ações ajuizadas em data anterior a 9 de junho de 2005, porque na essência, como dito alhures, não possui índole interpretativa como insinuado no art. 4º".

2. Em seu recurso extraordinário, a União sustenta a constitucionalidade do citado dispositivo legal, o qual determinou a aplicação retroativa da interpretação autêntica atribuída ao art. 168 do CTN, relativamente ao prazo para a repetição de indébito tributário. Argumenta que não teria sido violada a segurança jurídica protegida constitucionalmente no art. 5º, XXXVI. É que o art. 3º da LC 118/2005 seria um dispositivo meramente interpretativo, podendo, dessa forma, ser aplicado a fatos ocorridos antes de sua vigência, desde que respeitada

a coisa julgada. Também não haveria violação ao direito adquirido, em face da inexistência de direito definitivamente incorporado ao patrimônio do recorrido.

3. O recorrente, nas contrarrazões ao recurso extraordinário, reafirma a inconstitucionalidade do citado dispositivo legal, pois deveria ser considerado o prazo prescricional vigente na data da ocorrência do fato gerador, sob pena de violação do princípio da irretroatividade das leis, contrariando os arts. 5º, XXXVI, XL, e 150, III, *a*, ambos da Constituição Federal.

4. Esta Corte reconheceu a existência de repercussão geral da matéria no julgamento do RE 561.908, de relatoria do ministro Marco Aurélio.

5. O Ministério Público Federal, no parecer de lavra do então subprocurador-geral da República dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos, adotando o parecer elaborado pelo subprocurador-geral da República dr. Wagner Gonçalves, no RE 485.813, opinou pelo conhecimento e desprovimento do recurso (fl. 430).

É o relatório.

VOTO

A sra. ministra Ellen Gracie (relatora): 1. O acórdão recorrido, do egrégio Tribunal Regional Federal da 4ª Região, reconheceu a inconstitucionalidade do art. 4º da LC 118/2005 na parte em que determina a aplicação retroativa do novo prazo para repetição ou compensação do indébito tributário. Configura-se, pois, a hipótese do art. 102, III, *b*, da CF.

Ademais, em sede de embargos declaratórios, foi acostado o inteiro teor da arguição de inconstitucionalidade julgada no âmbito daquela Corte e que serviu de fundamento ao acórdão recorrido, de modo que também está presente o requisito do prequestionamento.

A repercussão geral da matéria, por sua vez, não apenas foi suscitada em preliminar no recurso extraordinário ora trazido a julgamento (item "II - *Da Existência de Repercussão Geral*" das razões de recurso, à fl. 402 dos autos), como já restou reconhecida nos autos do RE 561.908-7, rel. min. Marco Aurélio, com acórdão publicado no *DJE* 157, de 7 de dezembro de 2007.

Está o recurso apto, assim, para ser analisado por este Tribunal.

Importa destacar, ainda, que, embora não haja como quantificar com exatidão o estoque de feitos represados nos tribunais aguardando o julgamento definitivo da questão por este Supremo Tribunal Federal, sabe-se que são milhares, até porque a discussão do prazo para a repetição ou compensação de indébito se dá, preliminarmente, nas ações sobre os mais diversos tributos. Daí a urgência para que este Tribunal defina a questão e promova assim o encerramento dessa miríade de controvérsias repetitivas que sobrecarregam o sistema judiciário.

2. O art. 3º da LC 118/2005, autoproclamando-se interpretativo do art. 168, I, do CTN, estabeleceu que a data da extinção do crédito relativo aos tributos sujeitos a lançamento por homologação - termo *a quo* do prazo de cinco anos

para repetição de indébito tributário – fosse entendida como correspondente à data do pagamento antecipado. E seu art. 4º determinou que se observasse, no ponto, o art. 106, I, do CTN, que determina a aplicação, a ato ou fato pretérito, da lei expressamente interpretativa. Eis os dispositivos, com destaques nossos:

> Art. 3º Para efeito de interpretação do inciso I do art. 168 da Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional, a extinção do crédito tributário ocorre, no caso de tributo sujeito a lançamento por homologação, **no momento do pagamento antecipado** de que trata o § 1º do art. 150 da referida lei.
>
> Art. 4º Esta lei entra em vigor 120 (cento e vinte) dias após sua publicação, **observado, quanto ao art. 3º, o disposto no art. 106, inciso I, da Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional**.

Veja-se, de pronto, que o art. 3º é expressamente interpretativo e que sobreveio no bojo de lei complementar, o que afasta eventuais invocações de vício formal. Foi utilizada lei complementar para a pretendida interpretação autêntica do art. 168, I, do CTN, que, embora lei ordinária (Lei 5.172/1966), tem nível de lei complementar desde o advento da Constituição de 1967, cujo art. 19, § 1º, passou a exigir lei complementar para tratar de normas gerais de direito tributário, exigência esta hoje constante do art. 146, III, da Constituição de 1988.

Importante verificar, porém, se o art. 3º da LC 118/2005 constitui, materialmente, verdadeira lei interpretativa e se a determinação de retroatividade constante do seu art. 4º encontra suporte no texto constitucional e, se necessário, qual a regra de transição a ser observada.

3. Denomina-se "interpretação autêntica" aquela estabelecida pela mesma fonte de produção normativa que formulou a norma jurídica interpretada. Caracteriza-se tanto pela sua origem, como por vir revestida da cogência própria do instrumento legislativo utilizado.

Embora não seja frequente nos dias de hoje, já houve épocas em que a interpretação autêntica foi predominante.

Carlos Maximiliano, em sua obra *Hermenêutica e Aplicação do Direito* (Forense, 11. ed., 1990, p. 90), observa que o imperador Justiniano repelia qualquer outra exegese que não procedesse dele próprio, sob o entendimento de que: "Interpretar incumbe àquele a quem compete fazer a lei." Tal se dava, então, em razão da subordinação dos magistrados ao soberano, pois este concentrava a titularidade de todas as funções próprias da soberania.

Adiante, mesmo frente a conquistas políticas que implicaram a atribuição de autonomia aos diversos poderes do Estado, a interpretação autêntica ainda guardou lugar dominante enquanto se entendia que o juiz, ao transcender os limites da lei escrita, invadiria a esfera do poder legislativo, de modo que se

lhe impunha consultar o legislador em caso de dúvida. Novamente, é Carlos Maximiliano quem esclarece que "em França existia o apelo, obrigado, ao legislador, para resolver as dúvidas ocorrentes na prática (*référé au législateur*), interrompido, para aquele fim, o andamento da causa", sendo que "A lei de 1º de abril de 1837 aboliu a consulta forçada e restabeleceu a autonomia da magistratura no interpretar e aplicar o Direito".

Também o italiano Ezio Vanoni, na sua obra *Natura ed interpretazione delle leggi tributarie*, publicada ainda em 1932 e que se tornou um clássico sobre a matéria, já destacava que as obscuridades da lei eram submetidas ao legislador para que as suprisse por meio de uma nova declaração de vontade e que nem mesmo a revolução fez desaparecer o *référé législatif*. Somente com o Código Napoleônico (o Código Civil francês de 1804) é que se passou a considerar obrigação de o juiz encontrar a norma aplicável aos casos concretos tendo em conta o postulado da plenitude do ordenamento positivo.

É significativo que, no Brasil, a Constituição de 1824 tenha estabelecido a competência da Assembleia Geral para fazer as leis e interpretá-las. A respeito, aliás, manifestou-se o ministro Celso de Mello quando do julgamento da ADI 605-3:

> Essa norma, positivada pelo constitucionalismo monárquico, guardava estrita fidelidade com os postulados rousseaunianos de democracia, que atribuíam ao Legislativo - enquanto fonte única de emanação das regras legais no âmbito do Estado - a autoridade, a prerrogativa e a legitimidade para a interpretação das leis.

Lembrou, ainda, Sua Excelência que o ministro Gilmar Ferreira Mendes, em sede doutrinária, refere-se à competência do poder legislativo imperial como a "consagração do dogma da soberania do Parlamento".

Mas, desse tempo para cá, muitas mudanças ocorreram na compreensão das funções típicas de cada Poder.

Efetivamente, a afirmação da submissão de todos os Poderes à supremacia da Constituição e a do caráter complexo da interpretação e aplicação do direito pelos juízes mudaram o modo como se vê a atividade jurisdicional e, inclusive, estenderam os seus limites.

De fundamental importância nessa trajetória foi o julgamento, pela Suprema Corte americana, do caso *Marbury v. Madison*, em 1803, em que se afirmou o caráter normativo da Constituição e a obrigação de todos, inclusive do legislador, de respeitá-la, cabendo aos juízes, sob o juramento de fazer cumprir a Constituição, a obrigação de aplicá-la, em detrimento da lei, quando entre seus textos houvesse conflito. Em nosso país, a possibilidade de o Judiciário controlar a validade das leis é constitucionalmente reconhecida desde a Constituição Republicana de 1891, sendo que, atualmente, na Constituição de 1988, dá-se por diversos instrumentos processuais, de modo difuso e concentrado: recurso

extraordinário, arguição de descumprimento de preceito fundamental, ação direta de inconstitucionalidade, ação direta de constitucionalidade.

Também no campo da hermenêutica, a evolução foi grande. Passou-se a reconhecer toda a complexidade da atividade jurisdicional que envolve considerar cada dispositivo legal em particular e o ordenamento como um todo e, ainda, não apenas interpretar e aplicar as regras, mas atribuir-lhes sentido em conformidade com a Constituição. Isso sem falar na necessidade de considerar a eficácia normativa dos princípios e de ponderar os que se apresentem em aparente conflito, de modo a otimizar a concretização dos valores constitucionalmente protegidos, construindo a regra do caso concreto.

Não obstante ainda se admita a possibilidade de interpretação autêntica, pois, já se lhe atribui caráter absolutamente excepcional e se tem bem claro que não pode se sobrepor à interpretação realizada pelos tribunais, senão como lei nova sujeita, como todas, ao controle judicial.

É que a interpretação das leis, embora seja realizada por todos os destinatários da norma para fins da sua aplicação primária e possa, inclusive, ser objeto das chamadas "leis interpretativas", é firmada pelo Judiciário como atividade inerente à sua função própria.

Esta Corte, aliás, quando do julgamento da ADI 605-3/DF, julgada em outubro de 1991, já definiu o modo como se deve considerar as leis interpretativas. Naquela oportunidade, assim como no presente caso, estava em discussão diploma de cunho expressamente interpretativo.

O ministro relator, Celso de Mello, então, retomou a lição de Giovani Galloni para dizer que a interpretação autêntica "não constitui uma verdadeira atividade interpretativa, mas, sim, um processo de integração normativa em que '*la norma interpretativa si pone cosí come norma complementare rispetto alla norma interpretata com il resultato di chiarirne la astratta precettività*'" .

Manifestaram-se, ainda, outros ministros no sentido de que a lei que se proclama interpretativa não deixa, tão só por isso, de ser outra lei. Na hipótese de nada acrescentar, é inócua; na hipótese de implicar modificação da norma, deve ter o tratamento de uma lei nova.

O ministro Carlos Velloso, por exemplo, afirmou que "a lei classificada como interpretativa nada mais é do que uma norma que introduz, no mundo jurídico, direito objetivo; é, portanto, lei que inova". Já o ministro Néri da Silveira destacou que, no caso, tratava-se de regra nova e que, como tal, havia de ser posta em análise, "para verificar-se sua validade".

Nada mais natural, aliás, do que se considerar a lei pretensamente interpretativa como lei nova, sujeita aos mesmos prazos e limites que condicionam a aplicação de qualquer outro diploma, quando se sabe que, nos termos da Lei de Introdução ao Código Civil (Lei 4.657/1942), até mesmo a simples republicação da lei para sua correção, antes da sua entrada em vigor, implica o recomeço da *vacatio legis*, bem como que as correções a texto de lei já em vigor, por sua vez, também se consideram lei nova, nos termos do seu art. 1º, §§ 3º e 4º.

Admitida, assim, a possibilidade da existência de lei interpretativa, mas com as ressalvas e com o controle a que se submete qualquer outra lei, vejamos a natureza da norma constante do art. 3º da LC 118/2005 e em que extensão se pode aplicá-la validamente.

4. Quando do advento da LC 118/2005, estava consolidada a jurisprudência do STJ no sentido de que o prazo para a repetição ou compensação de indébito relativo a tributo sujeito a lançamento por homologação era, na prática, de dez anos. A posição do STJ tinha como fundamento o entendimento de que o prazo de cinco anos a partir da extinção do crédito, estabelecido pelo art. 168, I, do CTN, contava-se do decurso do prazo, também de cinco anos, mas desde o fato gerador, para a homologação do pagamento, previsto no art. 150, § 4º, do CTN, totalizando dez anos contados do fato gerador. Tal entendimento considerava, ainda, o texto do art. 156, VII, do CTN no sentido de que a extinção do crédito se dá com "o pagamento antecipado e a homologação do lançamento nos termos do disposto no art. 150 e seus §§ 1º e 4º". Transcrevo os dispositivos implicados:

> Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.
>
> § 1º O pagamento antecipado pelo obrigado nos termos deste artigo extingue o crédito, sob condição resolutória da ulterior homologação do lançamento.
>
> (...)
>
> § 4º Se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de 5 (cinco) anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.
>
> (...)
>
> Art. 156. Extinguem o crédito tributário:
>
> (...)
>
> VII - o pagamento antecipado e a homologação do lançamento nos termos do disposto no art. 150 e seus §§ 1º e 4º;
>
> (...)
>
> Art. 165. O sujeito passivo tem direito, independentemente de prévio protesto, à restituição total ou parcial do tributo, seja qual for a modalidade do seu pagamento, ressalvado o disposto no § 4º do art. 162, nos seguintes casos:

> I - cobrança ou pagamento espontâneo de tributo indevido ou maior que o devido em face da legislação tributária aplicável, ou da natureza ou circunstâncias materiais do fato gerador efetivamente ocorrido;
>
> II - erro na identificação do sujeito passivo, na determinação da alíquota aplicável, no cálculo do montante do débito ou na elaboração ou conferência de qualquer documento relativo ao pagamento;
>
> (...)
>
> Art. 168. O direito de pleitear a restituição extingue-se com o decurso do prazo de 5 (cinco) anos, contados:
>
> I - nas hipóteses dos incisos I e II do art. 165, da data da extinção do crédito tributário;

Não é o caso de nos debruçarmos sobre tais dispositivos. Basta ter em consideração que o Superior Tribunal de Justiça é o Tribunal ao qual cabe dar a interpretação definitiva da legislação federal, nos termos do art. 105, III, da Constituição de 1988. E, há muito, esse Tribunal firmara posição.

Dos repertórios de jurisprudência, extraem-se aleatoriamente as referências que confirmam que não se tratava de um ou outro precedente, mas de jurisprudência pacífica, no sentido mais denso de consolidação de um entendimento mediante a reiteração de precedentes em determinado sentido.

Assim é que se vê que nos REsp 72.909/RS e 68.633/PR, da Primeira e Segunda Turmas daquela Corte, julgados em 1995, já se tinha por firme a orientação de que a extinção do direito para pleitear a restituição só ocorreria "após o transcurso do prazo de cinco anos, contados da ocorrência do fato gerador, acrescido de mais cinco anos, contados daquela data em que se deu a homologação tácita", totalizando dez anos contados do fato gerador. No mesmo sentido, foram o RE 174.745/MG, julgado em outubro de 1998, e o RE 357.703/RS, julgado em maio de 2002, além de centenas de outros precedentes unívocos.

Os poucos precedentes em sentido diverso, apontados pela União nas razões do recurso extraordinário com vista a descaracterizar a firmeza de posicionamento do STJ sobre a matéria, acabam, ao contrário, por confirmá-la.

É que a União invoca precedentes relativos a questões específicas, como tributos retidos no regime de substituição tributária e tributos inconstitucionais, em que chegou a haver, é verdade, alguma dúvida quanto à aplicação da regra geral dos dez anos, mas que não perdurou. Logo, aquela Corte firmou posição no sentido de que, também em tais situações de retenção e de reconhecimento do indébito em razão da inconstitucionalidade da lei instituidora, dever-se-ia aplicar, sem ressalvas, a tese dos dez anos, conforme se vê dos EREsp 329.160/DF e 435.835/SC, julgados pela Primeira Seção daquela Corte. Aliás, nada melhor do que o próprio STJ para reconhecer que se tratava de jurisprudência consolidada.

Veja-se a ementa do julgamento dos EREsp 644.736-AI/PE pela Corte Especial do STJ, em junho de 2007, relator o ministro Teori Albino Zavascki:

> *Constitucional. Tributário. Lei interpretativa. Prazo de prescrição para a repetição de indébito, nos tributos sujeitos a lançamento por homologação. LC 118/2005: Natureza modificativa (e não simplesmente interpretativa) do seu art. 3º. Inconstitucionalidade do seu art. 4º, na parte que determina a aplicação retroativa.*
>
> 1. Sobre o tema relacionado com a prescrição da ação de repetição de indébito tributário, a jurisprudência do STJ (1ª Seção) é no sentido de que, em se tratando de tributo sujeito a lançamento por homologação, o prazo de cinco anos, previsto no art. 168 do CTN, tem início, não na data do recolhimento do tributo indevido, e sim na data da homologação – expressa ou tácita – do lançamento. Segundo entende o Tribunal, para que o crédito se considere extinto, não basta o pagamento: é indispensável a homologação do lançamento, hipótese de extinção albergada pelo art. 156, VII, do CTN. Assim, somente a partir dessa homologação é que teria início o prazo previsto no art. 168, I. E, não havendo homologação expressa, o prazo para a repetição do indébito acaba sendo, na verdade, de dez anos a contar do fato gerador.
>
> 2. Esse entendimento, embora não tenha a adesão uniforme da doutrina e nem de todos os juízes, é o que legitimamente define o conteúdo e o sentido das normas que disciplinam a matéria, já que se trata do entendimento emanado do órgão do Poder Judiciário que tem a atribuição constitucional de interpretá-las.
>
> 3. O art. 3º da LC 118/2005, a pretexto de interpretar esses mesmos enunciados, conferiu-lhes, na verdade, um sentido e um alcance diferente daquele dado pelo Judiciário. Ainda que defensável a "interpretação" dada, não há como negar que a lei inovou no plano normativo, pois retirou das disposições interpretadas um dos seus sentidos possíveis, justamente aquele tido como correto pelo STJ, intérprete e guardião da legislação federal.
>
> 4. Assim, tratando-se de preceito normativo modificativo, e não simplesmente interpretativo, o art. 3º da LC 118/2005 só pode ter eficácia prospectiva, incidindo apenas sobre situações que venham a ocorrer a partir da sua vigência.
>
> 5. O art. 4º, segunda parte, da LC 118/2005, que determina a aplicação retroativa do seu art. 3º, para alcançar inclusive fatos passados, ofende o princípio constitucional da autonomia e independência dos poderes (CF, art. 2º) e o da garantia do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada (CF, art. 5º, XXXVI).

Assim, considerando-se que o STJ havia consolidado entendimento no sentido de que o CTN fixara o prazo para repetição ou compensação de indébito tributário em dez anos contados do fato gerador quando se tratasse de tributo sujeito a lançamento por homologação, é preciso reconhecer que a interpretação imposta pela LC 118/2005 implicou redução do prazo, de dez para cinco anos.

Impõe-se considerar a LC 118/2005, pois, como lei nova e, assim, analisá-la.

5. No incidente de arguição de inconstitucionalidade julgado pelo STJ, cuja ementa foi acima transcrita, reconheceu aquela Corte que o art. 4º, segunda parte, da LC 118/2005, por ter determinado a aplicação retroativa de interpretação contrária à jurisprudência, teria ofendido o princípio constitucional da autonomia e independência dos poderes, estampado no art. 2º da Constituição, que estabelece: "Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário."

A matéria precisa ser analisada, porquanto constitui fundamento suficiente para, por si só, afastar a aplicação retroativa pretendida.

Mas trata-se de argumento já rechaçado por este Tribunal por ocasião do julgamento da referida ADI 605-3/DF, cuja ementa estampa:

> - As leis interpretativas - desde que reconhecida a sua existência em nosso sistema de direito positivo - não traduzem usurpação das atribuições institucionais do Judiciário e, em consequência, não ofendem o postulado fundamental da divisão funcional do poder.
>
> - Mesmo as leis interpretativas expõem-se ao exame e à interpretação dos juízes e tribunais. Não se revelam, assim, espécies normativas imunes ao controle jurisdicional.

A apreciação da matéria, aliás, foi muito bem feita pelo ministro relator, Celso de Mello, conforme se extrai da fundamentação do voto condutor:

> No plano da divisão funcional do poder - e do sistema de *checks and balances* consagrado pelo ordenamento constitucional brasileiro -, incumbe ao Poder Judiciário a típica e preponderante função de, ao resolver as controvérsias, aplicar as leis, *interpretando-as*.
>
> Isso não significa, porém, que a interpretação das leis constitua atribuição exclusiva dos juízes e tribunais, que não detêm, no âmbito da comunidade estatal, o monopólio da definição do sentido e da extensão das normas legais, muito embora só a seus atos decisórios se reconheça - como atributo essencial da jurisdição que é - o caráter de definitividade, qualificador, na concreta resolução do litígio, do *final enforcing power* que assumem as manifestações do Poder Judiciário.

> Na realidade, o desempenho da função interpretativa pelos Poderes Executivo e Legislativo, muito embora em caráter atípico, não se revela incompatível com o postulado da divisão funcional do poder, cuja compreensão supõe o reconhecimento, no plano da organização estatal, da inexistência de atividades político-jurídicas monopolizadas por qualquer dos órgãos da soberania nacional.
>
> O fenômeno jurídico das leis interpretativas, não obstante traduz uma anômala manifestação do órgão legislativo, não as torna imunes - e daí a sua perfeita adequação ao princípio da separação dos poderes, que supõe controles interorgânicos recíprocos - à apreciação de sua própria inteligibilidade e significado técnico-racional pelo Poder Judiciário.
>
> Com isso, as leis veiculadoras de interpretação autêntica não se excluem da possibilidade de análise em sede jurisdicional, pois, constituindo normas jurídicas, expõem-se, como tais, ao domínio da atividade preponderantemente reservada aos órgãos do Poder Judiciário.
>
> Reconhecida, desse modo, a admissibilidade, em nosso sistema de direito positivo, das denominadas leis interpretativas (...).

O ministro Sepúlveda Pertence, por sua vez, concluiu:

> Não há invasão da área constitucional do Poder Judiciário, com a edição de lei que se pretenda interpretativa. Para mim, no sistema brasileiro, lei interpretativa ou é inócua ou é lei nova. (...) Se a título de lei interpretativa, a segunda lei extrapola da interpretação, é lei nova, que altera a lei antiga, modificando-a ou adicionando-lhe normas inexistentes. E assim há de ser examinada.

Desse modo, considerando que a própria lei que se diga interpretativa se sujeita ao controle jurisdicional, seja quanto à sua efetiva natureza, seja quanto à extensão da sua possível aplicação, sua edição não configura violação ao princípio da independência dos Poderes. Mesmo que não tenha cunho meramente interpretativo e que venha pretender alterar a jurisprudência firmada pelos tribunais, certo é que, a estes, cabe censurá-la, dando-lhe ou não guarida, reconhecendo-lhe ou não validade, permitindo ou não sua aplicação.

Não estando, pois, as leis interpretativas imunes ao controle jurisdicional, mas, pelo contrário, sujeitas integralmente a ele como qualquer outro diploma legal, não implicam, por si só, violação à independência do Poder Judiciário, que resta preservada.

6. O art. 4º, segunda parte, da LC 118/2005, ao determinar a observância, quanto ao art. 3º do disposto no art. 106, I, do CTN, impôs sua aplicação retroativa.

Vejamos tais artigos:

> LC 118/2005: "Art. 4º Esta lei entra em vigor 120 (cento e vinte) dias após sua publicação, observado, quanto ao art. 3º, o disposto no art. 106, inciso I, da Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional."
>
> CTN: "Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:
>
> I - em qualquer caso, quando seja expressamente interpretativa, excluída a aplicação de penalidade à infração dos dispositivos interpretados;"

O pressuposto de tal norma, qual seja o de que o art. 3º realmente fosse a norma interpretativa que se autoproclama, não encontra guarida, conforme já se demonstrou.

No entanto, mesmo não sendo interpretativa a LC 118/2005, é preciso verificar se a retroatividade por ela determinada é válida ou não.

Vale deixar claro, desde já, que, ainda que interpretativa fosse e que se pudesse considerar legítima sua aplicação retroativa com fundamento direto no art. 106, I, do CTN, ainda assim a LC 118/2005 teria de observar o art. 5º, XXXVI, da CF, não podendo atingir o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.

Mais uma vez é o voto condutor do ministro Celso de Mello na ADI 605-3/DF que se invoca:

> (...) mesmo que se considere conatural às leis interpretativas o efeito de retroprojeção normativa, a sua incidência sofre a necessária limitação imposta pelo ordenamento constitucional, que hostiliza, de forma absoluta, os atos estatais que vulneram a incolumidade das situações jurídicas definitivamente consolidadas.
>
> (...) a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o tema em questão tem admitido a denominada retroatividade das leis interpretativas, ressalvando, no entanto, a necessária intangibilidade das situações juridicamente consolidadas.

Assim, os ressarcimentos, por repetição ou compensação, já obtidos com fundamento em sentença transitada em julgado, alcançando os dez anos anteriores ao ajuizamento da ação, estariam, de qualquer modo, a salvo de revisão.

7. Mas não estamos diante de lei interpretativa, devendo-se considerar a LC 118/2005 como lei nova que é, submetendo-a a todos os condicionamentos a que está sujeita.

É certo que a alteração de prazos, indubitavelmente, não ofende direito adquirido, porquanto inexiste direito adquirido a regime jurídico, o que já restou definitivamente assentado na jurisprudência desta Corte, do que são exemplos os precedentes em que se entendeu ser viável a alteração de prazo de recolhimento do tributo depois da ocorrência do fato gerador e o estabelecimento de novos requisitos para o prosseguimento do gozo de imunidade por entidade já reconhecida, no passado, como beneficente:

> PIS: prazo de recolhimento: alteração pela Lei 8.218, de 29-8-1991 (...) II - Não há falar em "direito adquirido" ao prazo de recolhimento anteriormente previsto, pois, como se sabe, o STF não reconhece a existência de direito adquirido a regime jurídico. III - A circunstância de o fato disciplinado pela norma - isto é, o pagamento do tributo - haver de ocorrer após a sua edição é suficiente para afastar a alegada violação ao princípio da irretroatividade (CF, art. 150, III, *a*). [RE 219.878, rel. min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, sessão de 13-6-2000.]
>
> 2. Não há direito adquirido a regime jurídico relativo à imunidade tributária. A concessão de Certificado de Entidade Beneficente - Cebas não imuniza a instituição contra novas verificações ou exigências, nos termos do regime jurídico aplicável no momento em que o controle é efetuado. Relação jurídica de trato sucessivo. 3. O art. 1º, § 1º, do Decreto-Lei 1.752/1977 não afasta a obrigação de a entidade se adequar a novos regimes jurídicos pertinentes ao reconhecimento dos requisitos que levam à proteção pela imunidade tributária. [RMS 26.932, rel. min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, sessão de 1º-12-2009.]

Inexistindo direito adquirido a regime jurídico, não há que se advogar, pois, suposto direito de quem pagou indevidamente um tributo a poder buscar ressarcimento no prazo estabelecido pelo CTN por ocasião do indébito.

Isso não quer dizer, contudo, que a redução de prazo possa retroagir para fulminar, de imediato, pretensões que ainda poderiam ser deduzidas no prazo vigente quando da modificação legislativa. Ou seja, não se pode, de modo algum, entender que o legislador pudesse determinar que pretensões já ajuizadas ou por ajuizar estejam submetidas, de imediato, ao prazo reduzido, sem qualquer regra de transição.

É que isto, ainda que não viole estritamente ato jurídico perfeito, direito adquirido ou coisa julgada, atenta contra outros conteúdos do princípio

da segurança jurídica. Efetivamente, se, de um lado, não há dúvida de que a proteção das situações jurídicas consolidadas em ato jurídico perfeito, direito adquirido ou coisa julgada constitui imperativo de segurança jurídica, concretizando o valor inerente a tal princípio, de outro, também é certo que tem este abrangência maior e que implica, também, resguardo da certeza do direito, da estabilidade das situações jurídicas, da confiança no tráfego jurídico e do acesso à Justiça.

Há, efetivamente, conteúdos do princípio da segurança jurídica que se encontram implícitos no texto constitucional.

O princípio da segurança jurídica decorre implicitamente não só da sua concretização em direitos e garantias individuais expressamente contemplados no art. 5º da Constituição, como, entre vários outros, os incisos XXXV e XXXVI, mas também de outros dispositivos constitucionais e diretamente do sobreprincípio do Estado de Direito, estampado no art. 1º da Constituição, do qual se extraem, independentemente de norma expressa, garantias como a proteção da liberdade e contra a arbitrariedade, bem como de acesso ao Judiciário.

José Joaquim Gomes Canotilho, em sua obra *Direito constitucional e teoria da Constituição* (Almedina, 1998, p. 250), destaca "os princípios da segurança jurídica e da protecção da confiança como elementos constitutivos do Estado de Direito". O professor Luís Afonso Heck, na mesma linha, na obra *O tribunal constitucional federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais:* contributo para uma compreensão da jurisdição constitucional federal alemã (Fabris, 1995, p. 186), ensina que "Tanto o preceito da certeza jurídica como o preceito da proteção à confiança são partes constitutivas essenciais e, portanto, elementos essenciais do princípio do Estado de Direito (...). Ambos têm índole constitucional e, assim, servem de critério normativo".

O julgamento de preliminar de prescrição relativamente a ações já ajuizadas, tendo como referência novo prazo reduzido por lei posterior, sem qualquer regra de transição, atentaria, indiscutivelmente, contra, ao menos, dois destes conteúdos, quais sejam: a confiança no tráfego jurídico e o acesso à Justiça.

Estando um direito sujeito a exercício em determinado prazo, seja mediante requerimento administrativo ou, se necessário, ajuizamento de ação judicial, tem-se de reconhecer eficácia à iniciativa tempestiva tomada pelo seu titular nesse sentido, pois tal resta resguardado pela proteção à confiança.

Da mesma forma, não é possível que se fulmine, de imediato, prazos então em curso, sob pena de violação evidente e direta à garantia de acesso ao Judiciário. Pudesse o legislador impedir a jurisdição mediante reduções abruptas de prazo, com aplicação às pretensões pendentes ainda não ajuizadas, restaria em grande parte esvaziada a garantia de acesso à Justiça.

O caráter, em geral, prospectivo das leis impede que se lhes atribua efeito retroativo sem que haja cláusula expressa nesse sentido. Havendo, tem-se, de qualquer modo, de resguardar os diversos conteúdos do princípio da segurança jurídica.

Reconheço, pois, a inconstitucionalidade da aplicação retroativa da redução de prazo que alcance prazos já interrompidos, bem como da aplicação, imediatamente após a publicação da lei, às novas ações ajuizadas, sem assegurar aos contribuintes nenhum prazo para que, deduzindo suas pretensões em juízo, pudessem evitar o perecimento do seu direito, considerando violado pelo art. 4º, segunda parte, da LC 118/2005, o princípio da segurança jurídica nos seus conteúdos de proteção da confiança e de acesso à Justiça, que repousam implícita e expressamente nos arts. 1º e 5º, XXXV, da Constituição.

8. Diante da inconstitucionalidade reconhecida, cabe, ainda, verificar a partir de quando e com que efeito o novo prazo pode ser validamente aplicado.

Importa que haja manifestação expressa desta Corte sobre a transição entre o prazo anterior de dez anos para o prazo novo de cinco anos, porquanto significa definir o limite da inconstitucionalidade que se afasta. Sem uma definição clara quanto a tal ponto, a análise restaria incompleta e não cumpriria a função pacificadora que se espera do mecanismo da repercussão geral.

O Tribunal Regional Federal da 4ª Região entendeu, no acórdão recorrido, que, após o período da *vacatio legis* de 120 dias, incidiria plenamente a LC 118/2005 às ações que viessem a ser ajuizadas, forte na orientação consolidada no enunciado 445 da Súmula deste Supremo Tribunal Federal.

Já a Primeira Seção do STJ vem entendendo, em outras ações, que se deve aplicar a regra de transição do art. 2.028 do Código Civil, de modo que as repetições e compensações relativas a indébitos anteriores à vigência da LC 118/2005 continuem regidas pelo prazo anterior de dez anos, limitado, porém, ao prazo máximo de cinco anos a contar da vigência da lei nova. Senão vejamos:

> *Ação de repetição de indébito. Prescrição. Termo inicial. Tese dos cinco mais cinco. Lei Complementar 118, de 9 de fevereiro de 2005. Jurisprudência da Primeira Seção. Embargos de divergência. Dissenso jurisprudencial superado* (...) 6. A prescrição da ação de repetição de indébito após o advento da LC 118/05 deve ser aferida da seguinte forma: relativamente aos pagamentos efetuados a partir da sua vigência (que ocorreu em 9-6-05), o prazo para a repetição do indébito é de cinco a contar da data do pagamento; e relativamente aos pagamentos anteriores, a prescrição obedece ao regime previsto no sistema anterior, limitada, porém, ao prazo máximo de cinco anos a contar da vigência da lei nova. 7. É que a Corte Especial declarou a inconstitucionalidade da expressão "observado, quanto ao art. 3º, o disposto no art. 106, I, da Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional", constante do art. 4º, segunda parte, da Lei Complementar 118/2005 (AI nos EResp 644.736/PE,

julgado em 6-6-2007). 8. Deveras, a norma inserta no art. 3º, da lei complementar em tela, indubitavelmente, cria direito novo, não configurando lei meramente interpretativa (...) 9. Consectariamente, em se tratando de pagamentos indevidos efetuados antes da entrada em vigor da LC 118/05 (9-6-2005), o prazo prescricional para o contribuinte pleitear a restituição do indébito, nos casos dos tributos sujeitos a lançamento por homologação, continua observando a cognominada tese dos cinco mais cinco, desde que, na data da vigência da novel lei complementar, sobejem, no máximo, cinco anos da contagem do lapso temporal (regra que se coaduna com o disposto no art. 2.028, do Código Civil de 2002, segundo o qual: "Serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada."). 10. Por outro lado, ocorrido o pagamento antecipado do tributo após a vigência da aludida norma jurídica, o *dies a quo* do prazo prescricional para a repetição/compensação é a data do recolhimento indevido. [STJ, Pet 4.976-AgRg /MG, rel. min. Luiz Fux, Primeira Seção, agosto/2008.]

Há, pois, dois entendimentos possíveis, já adotados na matéria: um, implicando a plena aplicação do prazo novo às ações ajuizadas após o decurso da *vacatio legis*; outro, resguardando uma transição mais gradual.

Este Supremo Tribunal, conforme destacado no julgado do TRF da 4ª Região, já considerou válida a aplicação de lei que reduziu prazo às prescrições em curso quando da sua vigência nos processos a partir de então ajuizados, conforme o enunciado 445 da Súmula deste Tribunal, que transcrevo: "A Lei 2.437, de 7-3-1955, que reduz prazo prescricional, é aplicável às prescrições em curso na data de sua vigência (1º-1-1956), salvo quanto aos processos então pendentes."

Relembro que a Lei 2.437/1955, alterando o Código Civil de 1916, reduziu diversos prazos, como o do art. 177, relativo às ações pessoais, e o do art. 550, relativo à usucapião, que passaram de trinta para vinte anos. Entendeu esta Corte, nos precedentes que deram origem ao enunciado analisado, que, tendo havido uma *vacatio legis* alargada, de dez meses entre a publicação da lei e a vigência do novo prazo, tal fato teria dado oportunidade aos interessados para ajuizarem suas ações, interrompendo os prazos prescricionais em curso, sendo certo que, a partir da sua vigência, em 1º de janeiro de 1956, o novo prazo seria aplicável a qualquer caso ainda não ajuizado.

Embora sugerida, em votos vencidos, regra de transição mais larga, forte em doutrina estrangeira, o Tribunal entendeu que tinham fundamento nos direitos positivos francês e português, sem correspondência no direito positivo brasileiro, deixando, pois, de aplicá-la. Efetivamente, a LICC não trazia regra de transição. Tampouco o Código Civil de 1916 trazia qualquer preceito para equacionamento da aplicação, no tempo, de leis redutoras de prazos.

Considerou, ademais, o Tribunal como regra de transição suficiente, a observância da alargada *vacatio legis*, permitindo a aplicação irrestrita da lei nova a todas as ações posteriores ao início da vigência do prazo reduzido.

A solução para o presente caso deve ser a mesma.

É verdade que, atualmente, existe, no ordenamento jurídico brasileiro, a norma do art. 2.028 do CC, que dispõe: "Art. 2.028. Serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada."

Todavia, o art. 2.028 do CC é regra interna daquela codificação, pois se limita a resolver os conflitos no tempo relativos às reduções de prazos impostas pelo novo Código Civil de 2002 relativamente aos prazos maiores constantes do Código de 1916. Não se trata sequer de uma norma geral, diferenciando-se, assim, daquelas constantes - por exemplo, na Lei de Introdução ao Código Civil, por seu conteúdo, e na LC 95/2008, expressamente requerida pelo art. 59, parágrafo único, da Constituição Federal para dispor sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis. Constitui o art. 2.028 do CC um simples dispositivo de lei ordinária com aplicação específica que não impede, de modo algum, que outras leis ordinárias ou complementares disponham em sentido diverso, desde que respeitadas, por certo, as garantias constitucionais.

É relevante ter em conta que o legislador, ao aprovar a LC 118/2005, não pretendeu aderir à regra de transição do art. 2.028 do Código Civil. Não o fez expressamente, tampouco por omissão. Tivesse estabelecido o novo prazo para repetição e compensação de tributos sem determinar sua aplicação retroativa, quedando silente no ponto, permitiria a aplicação do art. 2.028 do CC por analogia, mecanismo que se viabilizaria tendo em conta o princípio da unidade do ordenamento jurídico e a própria regra constante do art. 108, I, do CTN, que coloca a analogia como método preferencial de integração da legislação tributária. Ocorre que não o fez e que a utilização da analogia pressupõe lacuna, o que, no caso da LC 118/2005, inexiste.

Efetivamente, não há dúvida de que a intenção do legislador foi aplicar, na maior dimensão possível, o novo prazo, inclusive, retroativamente.

Se, de um lado, como já afirmado, a aplicação retroativa e a aplicação imediata às ações ajuizadas em seguida à sua publicação implicariam violação à segurança jurídica, de outro, é certo que não há direito adquirido a regime jurídico e que, como visto no caso da Súmula 445, não ofende a Constituição a aplicação do prazo reduzido às pretensões pendentes nas ações ajuizadas após a *vacatio legis*.

Tenho que se impõe tal solução porque cabe a esta Corte expurgar, da iniciativa legislativa, o que nela há de inconstitucional e somente isso, permitindo a aplicação da LC 118/2005 tão logo se verifique válida. E, para tanto, como se viu, não é necessário seguir regra de transição tal como a do art. 2.028 do Código Civil, bastando, isto sim, aguardar o decurso da *vacatio legis*.

Aliás, é relevante considerar que a LC 118/2005, assim como a antiga Lei 2.437/1955, objeto da Súmula 445, estabeleceu uma *vacatio legis* superior à

prevista na Lei de Introdução ao Código Civil (DL 4.657/1942), cujo art. 1º diz que: "Salvo disposição contrária, a lei começa a vigorar em todo o país quarenta e cinco dias depois de oficialmente publicada." A LC 118/2005 estabeleceu prazo maior, de 120 dias: "Art. 4º Esta lei entra em vigor 120 (cento e vinte) dias após sua publicação, observado, quanto ao art. 3º, o disposto no art. 106, inciso I, da Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional."

Ainda que a *vacatio legis* estabelecida pela LC 118/2005 seja menor do que aquela prevista na Lei 2.437/1955, de dez meses, não há como negar que os tempos são outros.

Desnecessária, até mesmo, qualquer comparação mais detida, bastando imaginar a dificuldade de acesso à informação em uma época em que o *Diário Oficial da União* só era publicado em meio físico e levava muito tempo para chegar aos diversos Estados e Municípios do País, em que a qualidade das transmissões de rádio ainda era precária, em que a própria TV era incipiente no Brasil, em que os escritórios de advocacia não eram tão especializados e em que as petições iniciais eram datilografadas para serem protocoladas, muitas vezes, em varas da Justiça distantes do domicílio do autor.

Atualmente, toma-se conhecimento imediato do *Diário Oficial*, via internet, em qualquer lugar, a partir de qualquer residência ou escritório e sem custo. Além disso, a facilidade de acesso à informação, seja sobre as inovações legislativas ou sobre suas repercussões, é, hoje, incomparável. Enfim, em tempos de comunicação eletrônica, de operações em tempo real, de celular, de produção das peças processuais em rápidos computadores, de Justiça interiorizada e de tantas outras modernidades, quatro meses é tempo considerável, suficiente para que o contribuinte possa exercer sua pretensão, ajuizando a ação que se faça necessária com o objetivo de ver reconhecido o indébito e condenada a Fazenda ao ressarcimento via repetição ou compensação.

Conforme se extrai do art. 8º da LC 95/1998, que dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis, nos termos do art. 59 da Constituição Federal, a vigência da lei deve "contemplar prazo razoável para que dela se tenha amplo conhecimento, reservada a cláusula 'entra em vigor na data de sua publicação' para as leis de pequena repercussão".

Tenho que o art. 4º da LC 118/2005, na parte em que estabeleceu *vacatio legis* alargada de 120 dias, cumpriu tal função, concedendo prazo suficiente para que os contribuintes não apenas tomassem conhecimento do novo prazo, como para que pudessem agir, ajuizando as ações necessárias à tutela dos seus direitos. Note-se que foi significativa a avalanche de ações ajuizadas perante a primeira instância em tal prazo, até 8 de junho de 2005, sinal, aliás, de que tal prazo cumpriu sua finalidade, não havendo fundamento constitucional para proteger o contribuinte da sua própria inércia, cabendo dar aplicação ao velho brocardo latino: "*Dormientibus non sucurrit jus.*"

Assim, vencida a *vacatio legis* de 120 dias, é válida a aplicação do prazo de cinco anos às ações ajuizadas a partir de então, restando inconstitucional apenas sua aplicação às ações ajuizadas anteriormente a esta data.

No caso dos autos, a ação foi ajuizada anteriormente à vigência da LC 118/2005, em 2 de junho de 2005, antes, pois, do prazo fatal que se esgotava em 8 de junho. Correta, pois, a aplicação, pelo Tribunal *a quo*, do prazo de dez anos anteriormente vigente.

Isso posto, **conheço** do recurso extraordinário da União, mas, reconhecendo a inconstitucionalidade do art. 4º, segunda parte, da LC 118/2005 por violação do princípio da segurança jurídica, nos seus conteúdos de proteção da confiança e de acesso à Justiça, com suporte implícito e expresso nos arts. 1º e 5º, XXXV, e considerando válida a aplicação do novo prazo de cinco anos tão somente às ações ajuizadas após o decurso da *vacatio legis* de 120 dias, ou seja, a partir de 9 de junho de 2005, **nego-lhe provimento**. Aos recursos sobrestados, que aguardavam a análise da matéria por este STF, aplica-se o art. 543-B, § 3º, do CPC.

É como voto.

VOTO

O sr. ministro Marco Aurélio: Presidente, a ministra Ellen Gracie explicitou que sou relator do RE 561.908, no qual, admitida a repercussão geral, versada idêntica matéria. Então, se os colegas que votam antes de mim permitirem, gostaria – muito embora ainda não tenha confeccionado relatório nem voto – de adiantar ponto de vista, e talvez fazer um contraponto ao voto proferido.

Diria que nisso é que se dá tentar modificar o rumo de uma jurisprudência, não interpondo recurso, mas buscando-se a solução normativa no Congresso Nacional.

Começo por louvar a inteligência dos advogados tributaristas. Realmente, a cada passo me surpreendem, no que, mediante ato de vontade, que é o interpretativo, acabam criando situações e levando certos órgãos judicantes ao convencimento.

O que respalda o inconformismo da União? Um Código Tributário que vigorou durante muitos anos, já que é de 1966, contemplando o tratamento igualitário sob o ângulo prescricional, considerada a dívida ativa e passiva da Fazenda, ou seja, a observância, em se tratando de ação da Fazenda ou do contribuinte, do quinquênio, para questionar-se certo tributo.

Comungo com a relatora. A segurança jurídica pressupõe o respeito ao que se contém no inciso XXXVI do rol das garantias constitucionais:

> Art. 5º (...)
>
> (...)
>
> XXXVI – a lei [e o legislador não pode, muito menos órgãos administrativos, muito menos o Judiciário, olvidar certos institutos] não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;

"Da prescrição e da decadência", de Câmara Leal. E, então, surge questionamento inafastável: quando começa a correr a prescrição para ajuizamento de uma ação? Qual é o termo inicial da prescrição? O surgimento de uma ação exercitável, a denominada, para os romanos, *actio nata*. Nascida a ação, tem-se, até mesmo para afastar e evitar a inércia daquele que se diga titular de um direito integrado ao respectivo patrimônio, o curso do prazo assinado em lei.

Essa premissa é linear, é observável a qualquer momento. Então, faço outra indagação: para que o contribuinte possa ajuizar a ação de repetição de indébito, ante pagamento indevido, ante pagamento a maior, ante pagamento equivocado, necessita do transcurso dos cinco anos para, tacitamente, segundo o Código Tributário Nacional, ter-se como ocorrida a homologação, nesse caso concreto em que o Código aponta que o recolhimento do tributo independe de iniciativa administrativa-fiscal e se dá por "antecipação"? Ajuizasse o contribuinte a ação, imediatamente após ter batido no guichê para o recolhimento do tributo, e constatado no dia seguinte a erronia nesse recolhimento, seria uma ação fora de época? Não, presidente. Mas, como disse, para tentar inclusive evitar o que se mostrou uma avalanche de pretensões de contribuintes que tinham deixado passar os cinco anos previstos no Código Tributário Nacional, veio à balha o famigerado art. 3º da LC 118/2005, sem um objeto maior em termo de normatividade abstrata, confirmando simplesmente o que esteve em vigor desde 1966, e mereceu nova interpretação – isso confirma realmente que a interpretação é ato de vontade – a dispor:

> Art. 3º Para efeito de interpretação do inciso I do art. 168 da Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional, a extinção do crédito tributário ocorre (...)

E ocorre mesmo, já previa o Código, não a extinção definitiva, porque segundo o § 4º do art. 150, pressupõe a passagem de cinco anos para a atuação do Fisco, homologando expressamente o que devido a título de tributo.

É o que está no § 4º:

> Art. 150. (...)
>
> (...)
>
> § 4º Se a lei não fixar prazo à homologação [naquele recolhimento dito antecipado, mas que não é bem antecipado, é o recolhimento a hora e a modo], será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo [aí sim] sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se [homologação implícita, homologação por ficção jurídica] homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

Por que definitivamente? Porque há extinção do crédito, quando o contribuinte comparece e recolhe o valor devido, estando pedagogicamente mencionada no § 1º do 150:

> Art. 150. (...)
>
> (...)
>
> § 3º O pagamento antecipado [é antecipado em relação à homologação, dispensando como disse, a atividade administrativa fiscal] o pagamento antecipado pelo obrigado nos termos deste artigo extingue o crédito [aí sim], sob condição resolutória [que, vindo a lume, afasta essa extinção] da ulterior homologação do lançamento.

E a cabeça do artigo:

> Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

Presidente, para mim, a premissa é inafastável. A ação exercitável não surge após o decurso de cinco anos para a homologação, verificada ou não. Na ação exercitável do contribuinte, a causa única de pedir é o pagamento indevido. Verificado o pagamento indevido, como também no caso de sonegação, as ações nascem imediatamente.

O art. 3º reafirmou – e com toda vênia do Superior Tribunal de Justiça, conhecia o dom da multiplicação, não o da dobra de prazo prescricional –,

buscou redirecionar essa jurisprudência, no que - volto a frisar - criativos tributaristas chegaram à tese de que não são cinco anos para o ajuizamento da ação, mas são dez anos, afastando o tratamento igualitário contemplado no Código de 1966, presente Fazenda e contribuinte. Então, continuo, para ressaltar que não houve inovação normativa alguma. Até mesmo com receio de que pudessem tomar o preceito como inovador, aumentando o prazo de cinco para dez anos - e o prazo de cinco sempre foi respeitado, segundo as normas do Código Tributário Nacional -, rotulou-se o novo preceito como interpretativo, e o é. Eis um dispositivo inócuo a revelar que "para efeito de interpretação do inciso I do art. 168 da Lei n. 5.172, o pagamento antecipado pelo obrigado nos termos do artigo extingue o crédito, sob condição resolutória da ulterior homologação do lançamento", e continua do "Código Tributário Nacional, a extinção do crédito tributário ocorre, no caso", é o que está no parágrafo, "de tributo sujeito a lançamento por homologação, no momento" - se estou em débito e devo recolher tributo, e vou ao guichê e recolho, evidentemente estou pagando o tributo - "do pagamento antecipado de que trata o § 1º do art. 150 da referida lei."

O impacto de pronunciamento judicial, principalmente do Supremo, não me preocupa muito. O que me preocupa é a instabilidade que se verificou, no que, após a vigência, por anos e anos, do Código Tributário Nacional, sem alteração desse Código, assentando em bases democráticas o tratamento igualitário das partes, se passou a dizer: olha, no caso de o contribuinte recolher tributo, sem a atividade da autoridade administrativo-fiscal, fazendo-o de forma equivocada, não passa ele a ter os cinco anos, alusivos à prescrição da ação, contados desse pagamento, mas, sim, do transcurso daqueles outros cinco anos, alusivos à homologação definitiva.

Presidente, peço vênia à relatora - concordando com muitas premissas lançadas no voto de Sua Excelência - para não placitar a criatividade desses grandes profissionais preocupados com os contribuintes, ante uma carga tributária, que é praticamente invencível, no que, com o endosso do Superior Tribunal de Justiça, veio a transformar prazo que sempre foi de cinco anos, sempre foi observado como relativo ao quinquênio, em dobrado, passando a ser de dez anos.

Conheço e provejo o recurso.

VOTO

O sr. ministro Dias Toffoli: Senhor presidente, inicio por cumprimentar o brilhante voto trazido pela eminente ministra relatora. Cumprimento também o voto proferido pelo ministro Marco Aurélio. Destaco a qualidade das sustentações apresentadas pelos nobres advogados.

Senhor presidente, vou pedir vênia à ministra relatora para acompanhar a divergência aberta pelo ministro Marco Aurélio, tendo em vista, além de tudo que Sua Excelência já assentou, que eu não vejo, na lei, atentado contra o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

A lei pode retroagir, respeitando esses princípios. Nesse sentido, senhor presidente, eu também acompanho o ministro Marco Aurélio e dou provimento ao recurso extraordinário interposto pela União.

A constitucionalidade do art. 3º da lei, como disse a ministra Ellen Gracie no seu voto, não está em discussão. Estamos a discutir a parte final do art. 4º, que é a retroatividade trazida na LC 118, para essa interpretação. Tendo em conta que não há direito adquirido em relação a regime jurídico, não vejo nenhuma ofensa a ato jurídico perfeito – evidentemente que aquilo que já tiver coisa julgada será respeitado, mas a lei não está ofendendo, não está desfazendo nenhum ato judicial – e também não vejo aqui atentado ao direito adquirido.

Nesse sentido, dou provimento ao recurso extraordinário interposto pela União, a fim de assentar a constitucionalidade do dispositivo em questão, reformando o acórdão do Tribunal Regional Federal na parte em que assentou a inconstitucionalidade dessa parte final do art. 4º da LC 118.

VOTO

A sra. ministra Cármen Lúcia: Presidente, também começo por louvar o brilhante voto, como sempre, da ministra Ellen Gracie e, também, do ministro Marco Aurélio, porém peço vênia à relatora, senhor presidente, mas não consegui vislumbrar no art. 3º da LC 118 uma inovação, uma norma novidadeira, pelas circunstâncias de que se repete rigorosamente o que se tem no art. 168, I, e o art. 106, tudo com base no art. 150 do Código Tributário Nacional.

Foi dito da tribuna que já teria havido a pacificação e, portanto, a garantia de que aquela interpretação jurisprudencial dada tinha se afirmado. Há dois dados que me chamaram a atenção na pesquisa que fiz sobre a matéria: a primeira, o número de ações nas quais se continuava a discutir a matéria, inclusive alguns represados quando foi reconhecida a repercussão.

Tenho aqui, por exemplo, um voto do ministro Teori Zavascki, no Recurso Especial 423.994, que é de 2005 ou 2004, me parece, no qual se tem expressamente:

> O caso dos autos é paradigmático, porque põe em confronto duas orientações do STJ, adotadas há muito tempo, mas que, em se tratando de tributo sujeito a lançamento por homologação, se mostram incompatíveis, expondo a fragilidade dos fundamentos que as sustentam.

E, portanto, havia sempre uma dúvida, uma insegurança, não a segurança devidamente consolidada nos termos da doutrina do chamado "cinco mais cinco".

Essa é a razão pela qual, senhor presidente, dentre outros argumentos que já foram aqui mencionados, considero inocorrer a inconstitucionalidade da parte final do art. 4º, porque, então, neste caso, o que se teria relativamente ao que posto no art. 3º era apenas a afirmação de um entendimento a ser aplicado e, neste caso, sem qualquer novidade que pudesse, de alguma forma, agredir o inciso XXXVI do art. 5º da Constituição, razão pela qual também conheço e dou provimento ao recurso da União.

VOTO

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Senhor presidente, peço vênia à divergência para acompanhar a eminente ministra Ellen Gracie.

Não fossem os brilhantes argumentos desfiados por Sua Excelência, louvo-me também no parecer que recebi do eminente professor Paulo de Barros Carvalho, que é professor titular de direito tributário, não apenas na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, mas também na Universidade de São Paulo. Esse eminente mestre – e estou convencido disso – assenta que o art. 3º da LC 118 não configura uma norma de caráter interpretativo. Trata-se de uma regra que altera a sistemática vigente, inovando o ordenamento. Portanto, ele defende aquela interpretação vigente, firme, segura, pacificada no STJ, de que para efeito da prescrição se aplicaria o prazo de cinco mais cinco anos, como se convencionou a chamar.

O professor Paulo de Barros Carvalho invoca – e, a meu ver, com razão – sobre os princípios da segurança jurídica e da certeza do direito que, para serem observados, determinam que a sua implantação, ou as alterações legislativas, só tenham efeito após a sua vigência, ou seja, não podem aplicar-se a fatos pretéritos.

Em conclusão, estou entendendo que o art. 3º da LC 118 só pode ter eficácia prospectiva, incidindo apenas sobre as situações que venham a ocorrer a partir de sua vigência; ou seja, quatro meses após a sua publicação, de forma consentânea, inclusive, com a previsão expressa que consta de seu texto.

Portanto, acompanho às inteiras o douto voto da ministra Ellen Gracie, pedindo vênia à divergência.

VOTO

O sr. ministro Ayres Britto: Senhor presidente, também peço vênia à divergência e vou acompanhar a eminente relatora, sem embargo da ótima defesa feita da tribuna pelo advogado representante da União.

Também leio e releio, e não consigo enxergar no art. 3º da Lei 118/2005 esse caráter meramente expletivo, ou esclarecedor ou interpretativo. Acho que houve inovação no ordenamento jurídico, a me convencer de que sua aplicabilidade se dará também, para usar de advérbio utilizado pelo ministro Lewandowski, prospectivamente. Depois, uma lei que se pretende linearmente retroativa, não estabeleceria ela própria um período de *vacatio*, ela entraria em vigor 120 dias depois de sua edição.

Sem mais delongas, acompanho, pelos fundamentos e pela conclusão, o voto da eminente relatora.

VOTO

O sr. ministro Gilmar Mendes: Senhor presidente, vou pedir vênia à eminente relatora, para acompanhar a divergência aberta a partir do voto do ministro Marco Aurélio. Eu já lidei com esse tema há algum tempo, e confesso que, para chegar a esse resultado dos cinco mais cinco, tive que fazer um tipo

de malabarismo jurídico. Sempre tive grande dificuldade para compreender e aprender como se construiu essa ideia dos dez anos. Essa é uma questão importantíssima.

O sr. ministro Marco Aurélio: Excelência, apenas um adendo: continua em vigor a cabeça do art. 168 do Código Tributário Nacional, a revelar que o prazo é de cinco anos. Surgiu uma dúvida, e o preceito, como assentei, veio à balha a partir de guinada na jurisprudência, no que se passou a considerar – visando saber se transcorrido, ou não, os cinco anos para a propositura da ação pelo contribuinte – não a extinção do § 1º do art. 150, aquela sujeita, de qualquer forma, a condição resolutiva, mas a extinção expressa ou ficta pela passagem dos cinco anos do § 4º do mesmo artigo. Penso que ninguém tem dúvida de que o prazo prescricional é realmente de cinco anos. A questão está no termo inicial. E vem a doutrina, a jurisprudência, o próprio sistema, revelando que, no caso, o termo inicial da prescrição coincide com o nascimento da ação.

Pois bem, pago um tributo erroneamente, equivocadamente, a partir de quando se tem a ação exercitável? Do dia seguinte ao do pagamento, ou, até, no mesmo dia.

O sr. ministro Gilmar Mendes: Essa é uma questão vital, especialmente quando se cuida de controle de constitucionalidade de leis. Por quê? Porque há uma coisa que nós referimos continuadamente que é a ideia da nulidade de uma lei inconstitucional. Em geral, nós falamos que a lei é nula e, portanto, que isso vale *ipso jure* com eficácia *ex tunc*; esse é o nosso discurso tradicional.

Todavia, essa retroatividade esbarra na fórmula de preclusão. Portanto, essa questão é fundamental: é saber qual é o limite que é dado pelo legislador quando fixa prazo de decadência ou de prescrição. Tanto é que nós separamos a questão dos planos. Uma questão é a nulidade no plano normativo; outra é no plano do ato concreto; significa dizer: Qual é o limite da retroatividade? Esse é o debate que está em jogo.

O sr. ministro Marco Aurélio: Vossa Excelência me permite? Critiquei a lei, apontei-a como inócua, como a visar redirecionamento da jurisprudência. Devo penitenciar-me, presidente: teve uma virtude, ou seja, trazer a matéria ao Supremo, porque, caso se continuasse a discutir sob o ângulo apenas do Código Tributário Nacional, jamais teríamos oportunidade de nos pronunciar sobre o tema.

O sr. ministro Gilmar Mendes: Eu entendo a lei numa dupla perspectiva, e também li atentamente, vamos dizer, o magnífico e cuidadoso voto do ministro Teori Zavascki. Por quê? Porque a norma também é a sua interpretação. Essa é a lição que nós colhemos da doutrina pacífica de hermenêutica. E, no caso, o STJ tomou isso como verdadeiro, mas nunca houve um pronunciamento nosso nesse sentido. Fez essa construção, portanto. E isso obrigou – vamos reconhecer, e esta é outra perspectiva – que a Fazenda diligenciasse, então, essa chamada lei interpretativa, porque era a única forma de trazer o tema ao Supremo. A não ser que se discutisse a nulidade, quer dizer, qual era a dimensão da nulidade para efeito da repetição. Mas isso envolveria outra discussão delicada, porque nós declamamos costumeiramente o princípio da nulidade da lei inconstitucional,

mas não sabemos fundamentá-la no texto constitucional, pois não há um texto, diferentemente do que acontece, por exemplo, com a Constituição portuguesa, que fale que a lei é nula. Nós não temos um texto que diga que a lei inconstitucional é nula. Nós chegamos a isso por uma tradição do nosso constitucionalismo, mas haveria muita dificuldade, para os fins de um recurso extraordinário, para a Fazenda articular esse recurso extraordinário. Daí ter percebido bem o ministro Marco Aurélio, ao dizer: a rigor, a lei foi a única forma de trazer o tema, de algum modo, ao Supremo Tribunal Federal.

Eu entendo a construção sofisticada, elaborada pelo STJ, a partir do próprio voto do ministro Teori Zavascki. É natural que assim seja, porque ele interpretou a questão a partir da interpretação conferida pelo STJ. Mas o tema no próprio STJ foi sempre controvertido.

O sr. ministro Marco Aurélio: Ministro, veja Vossa Excelência, a concluir-se de forma diversa, se assentará indispensável a homologação expressa ou implícita para ter-se a ação exercitável, como se o contribuinte não pudesse...

O sr. ministro Gilmar Mendes: Nós não estamos a falar de nenhum prazo angusto; estamos a falar já de um prazo suficiente de cinco anos, para quê? Para a repetição do indébito que é uma ação que tem graves consequências para a subsistência da higidez, solidez tributária.

Imaginem hoje – e a tendência é esta, e esse fenômeno já tem ocorrido – que nós tenhamos a declaração de inconstitucionalidade de uma lei, a Lei de Imposto de Renda, passados dez ou quinze anos, com esta interpretação. Certamente nós temos uma repetição de indébito nesta dimensão. E como se resolve um problema como este? Não há outra alternativa, senhores ministros, a não ser fazer uma elevação tributária; não há outra forma de resolver o problema.

Por isso a fórmula de preclusão é fundamental na composição desses interesses. Tanto é que, naquele caso que discutimos aqui sobre a prescrição em matéria de previdência social, nós entendemos que era de se reconhecer que a prescrição teria de ser de cinco anos, portanto aplicando o Código Tributário, mas entendemos, também, de fazer a mitigação, ou a modulação de efeitos, permitindo que não houvesse a propositura de ações de repetição a não ser para aqueles casos que já estavam ajuizados. Por quê? Para delimitar o impacto que isso causa às finanças públicas. Poderíamos dizer: "Não, nesse caso estamos fazendo um tipo de estatolatria." Nada disso. A rigor, trata-se apenas de um pensamento de responsabilidade fiscal, porque, por outra via, abriremos as veias tributárias para uma hemorragia. É essa, simplesmente, a medida que se toma.

De modo que peço todas as vênias ao voto proferido pela ministra Ellen Gracie, que, em linhas gerais, consagra essa posição que era dominante no STJ – e aqui aflora um problema que já foi apontado, que é comum e que já o vivenciamos de alguma forma, quando temos essa distinção entre as competências para examinar a questão da constitucionalidade do Supremo Tribunal Federal e a competência de um órgão como o STJ para aferir a legitimidade da lei e a sua interpretação, que pode ser inconstitucional.

Os senhores hão de se lembrar que tivemos aquela discussão a respeito da Cofins – relator, salvo engano, o ministro Sepúlveda Pertence – sobre serviços em que, mais ou menos, tivemos esse mesmo fenômeno; anos a fio tivemos essa interpretação, porque a matéria não era devidamente articulada para embasar um recurso extraordinário admissível.

O sr. ministro Marco Aurélio: Vejam a que conduz a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça! Uma mesma relação jurídica pode envolver dois prazos prescricionais diversos, conforme o titular do direito: se for a Fazenda, deve cobrar em cinco anos, se for o contribuinte, conta com dez anos para propor a ação relativa à repetição do indébito!

O sr. ministro Gilmar Mendes: Não me parece razoável. Portanto, do ponto de vista de política legislativo-constitucional a interpretação leva a um resultado desmedido ou desproporcional.

De modo que, com essas observações, reconhecendo a boa engenharia da construção tanto de quem desenvolveu a tese inicial quanto depois, da própria solução – vamos chamar assim – da lei interpretativa, a mim me parece que a solução, realmente, é dizer: a rigor o dispositivo já comportava essa interpretação que era, de fato, a interpretação constitucional.

O sr. ministro Marco Aurélio: (Inaudível)

O sr. ministro Gilmar Mendes: Exatamente. E a interpretação desenhada pelo STJ, placitada e homogeneizada, essa sim, levaria a uma inconstitucionalidade.

Portanto, peço vênia à eminente relatora e aos ministros Ricardo Lewandowski e Ayres Britto para acompanhar a manifestação aqui desenvolvida inicialmente a partir do voto do ministro Marco Aurélio e prover o recurso.

VOTO

O sr. ministro Celso de Mello: (Cancelado)

O sr. ministro Marco Aurélio: Ministro Celso de Mello (inserido ante o cancelamento do aparte por Sua Excelência), Vossa Excelência me permite? Por que não cogitar do prazo de quinze anos? Explico melhor: contando-se o prazo do art. 168 do Código Tributário Nacional, apenas a partir do esgotamento daquele relativo à homologação pela autoridade administrativa fiscal. Com essa interpretação, serão quinze anos!

O sr. ministro Celso de Mello: (Cancelado)

O sr. ministro Marco Aurélio: Ministro Celso de Mello (inserido ante o cancelamento do aparte por Sua Excelência), se pudéssemos, sem essa lei, interpretar apenas o Código Tributário Nacional, se ainda tivéssemos essa competência, para guardar a intangibilidade da legislação federal, a conclusão seria única: cinco anos a partir do pagamento indevido. Mas veio essa lei e talvez se mostre um tiro pela culatra, porque se parte da premissa de que o Código, antes, realmente dispunha sobre cinco anos a partir do pagamento indevido, mas que criou outra situação. Qual seria a outra situação se a premissa

é dos cinco anos a partir do pagamento indevido, segundo o Código? Tentou, sim, corrigir tendência do Judiciário na voz do Superior Tribunal de Justiça. E, nessa tentativa – daí ter-se dito que a norma é interpretativa –, passou-se a ter "base" para discutir o termo inicial da vigência desse art. 3º, como se, antes, o prazo já fosse de dez anos, e não de cinco. O Supremo aplicou no passado o Código Tributário Nacional, fazendo-o durante anos e anos.

O sr. ministro Gilmar Mendes: Alguns casos em que nós declaramos a inconstitucionalidade, eu me lembro do caso daquela antiga contribuição do Incra que tinha aquele acréscimo, o ITR, que era retido pelo Incra, um percentual à guisa de administração do tributo e o repasse aos Municípios, há uma série de precedentes afirmando a regra do art. 168 na sua inteireza, por quê? Porque se entendia que essa era a regra. Lembro que o relator desse caso, salvo engano, foi o ministro Oscar Dias Corrêa. Portanto, era essa a concepção.

Eu só gostaria de ressaltar, nessa linha, que, independentemente da discussão que nós venhamos a travar sobre ao caso concreto, aqui pontifica um problema que assoma sempre que nós venhamos a ter o debate puramente de interpretação de uma lei: nós podemos ter várias interpretações possíveis que não ferem a questão constitucional e, portanto, não haverá recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal.

Nós estamos a falar, portanto, da delicada convivência entre Supremo Tribunal e STJ, é disso de que nós estamos a falar. Por isso que rememorei aquele outro julgamento do caso da Cofins, que também veio a partir de um debate sobre uma eventual revogação. Quer dizer, se a Fazenda engendrasse uma forma, e não é muito fácil, para fazer um recurso extraordinário, alegando a inconstitucionalidade da interpretação, porque não era disso que se trataria, nós certamente não admitiríamos ou teríamos dificuldade em admitir. Eu só estou chamando a atenção para a delicadeza desse caso porque certamente teremos outros, especialmente em matérias eminentes como a matéria tributária e outras leis importantes, em que o STJ assume uma dada interpretação e como não há possibilidade ou há uma enorme dificuldade. Vejam que, nesse caso específico, nós tínhamos uma outra dificuldade. Eu mesmo já cheguei a especular um pouco sobre isso, tendo em vista essas chamadas cláusulas de preclusão. E eu me perguntava: como um recurso extraordinário chegará ao Supremo Tribunal Federal?

O sr. ministro Marco Aurélio: Daí, ministro, vir sustentando que, caso a caso, o Supremo deve distinguir a transgressão à Carta a partir de dois princípios básicos em um Estado Democrático de Direito: o da legalidade e o do devido processo legal, e não alçar o dogma sacrossanto à jurisprudência segundo a qual o maltrato à Carta tem que ser direto e frontal. Há situações concretas que – e não é crível que órgão investido do ofício judicante assente isso – mesmo o órgão não consignando que a lei dispõe em certo sentido, decide de forma diametralmente oposta, há transgressão ao princípio da legalidade por descumprimento da própria lei ordinária.

O sr. ministro Gilmar Mendes: Sim, mas a dificuldade estaria exatamente em como articular e, claro, diante da nossa jurisprudência compreensivelmente defensiva.

O sr. ministro Celso de Mello: (Cancelado)

O sr. ministro Gilmar Mendes: Na Corte Constitucional espanhola, nós tivemos aquele embate em que o Supremo Tribunal de Justiça condenou a Corte Constitucional por ter atrasado no julgamento de um determinado processo, portanto a responsabilizou civilmente, porque aí a matéria é legal.

O sr. ministro Celso de Mello: (Cancelado)

O sr. ministro Marco Aurélio: Ministro Celso de Mello (inserido ante o cancelamento do aparte por Sua Excelência), fatos geradores posteriores.

O sr. ministro Celso de Mello: (Cancelado)

O sr. ministro Marco Aurélio: Ministro Celso de Mello (inserido ante o cancelamento do aparte por Sua Excelência), isso, permite-se, observado o princípio da anterioridade, porque se tem regra que repercute no direito material.

O sr. ministro Celso de Mello: (Cancelado)

VOTO

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Com o devido respeito a quem pensa diversamente, se eu estivesse na função de ministro do Superior Tribunal de Justiça, não teria nenhuma dúvida em acompanhar a divergência. Realmente, como o ministro Marco Aurélio já tinha apontado desde o início, o simples fato do pagamento por equívoco, por engano, já desencadearia a acionabilidade ou a pretensão de acionar. Portanto, podia em seguida arguir a questão especificamente de prescrição – ou, como alguns preferem em relação a essa divisão de prazo, de decadência. Realmente, quem se engana, quando percebe o engano, a partir da data do engano, tem prazo que a lei estabeleça para repetir o indébito, se for o caso.

A verdade é que temos dois dados aqui que me parecem decisivos perante a competência desta Corte. Primeiro: Bem ou mal, exercendo a sua competência constitucional, que é a de uniformizar interpretação do direito federal, o egrégio Superior Tribunal de Justiça fixou um entendimento contrário ao desta lei. E fixou-o antes, de um modo muito patente, no Recurso 435.835, SC, em março de 2004, ou seja, um ano antes da edição da lei, o que provavelmente ditou a edição da lei. Mas o que me parece é que, como o órgão competente para dar a interpretação dessa lei e, portanto, para revelar a norma – e por isso mesmo serviu de fundamento para a confiança do mundo jurídico –, fixou esse entendimento. Ora, se vem depois lei que, segundo as conveniências do legislador, tenderia a contrariar a norma revelada pelo Superior Tribunal de Justiça, essa norma, sobretudo na matéria tributária, não pode retroagir.

E evidentemente, se ela se ordena a modificar sentido normativo dado pelo órgão jurisdicional competente para a revelação desse sentido, se ela pretende modificar esse sentido normativo, então não pode ser qualificada como norma de interpretação. Ela é inegavelmente norma inovadora, porque põe, no mundo jurídico, sentido novo de um texto legal. Portanto, em matéria tributária, ela só poderia atuar dali para frente.

O problema nem me parece que se situe em relação a fato, porque, na verdade, aqui o problema é saber de prazo prescricional. É pura e simplesmente disto. Este é o primeiro dado. Noutras palavras, temos, segundo o meu ponto de vista, com o devido respeito às divergências, que essa lei introduziu uma norma diferente daquela revelada pelo Superior Tribunal de Justiça no exercício da sua competência constitucional de interpretar e uniformizar o direito federal. De modo que, a meu ver, este é o primeiro dado, para mim decisivo, de que tal lei não pode retroagir.

O segundo dado que me conforta é que, em se tratando de repetição de indébito, qualquer projeção de algum gravame extremamente oneroso, ou extremamente grave para a administração pública, não é fundado. Por quê? Porque, no Brasil, contribuinte que paga por erro são muito poucos e, portanto, ações de repetição de indébito contra a União são muito poucas. Não se trata aqui de algum fenômeno coletivo em que o País inteiro, num dado momento, se enganou e resolveu dar ao Fisco aquilo a que o Fisco não tinha direito. Isso é a realidade. O que sucede é exatamente o contrário. A sonegação é que é ampla. O pagamento por erro é exceção. Noutras palavras, do ponto de vista prático, a mim me parece que esta interpretação dada pela ministra Ellen Gracie e pelos votos que a acompanharam não se vai traduzir, na prática, em nenhum gravame insuportável ao Erário, razão por que, pedindo vênia mais uma vez à dissidência, acompanho a relatora, para negar provimento ao recurso.

ESCLARECIMENTO

O sr. ministro Gilmar Mendes: Presidente, antes da proclamação do resultado, quanto à observação de Vossa Excelência a propósito da repercussão da repetição de indébito, acho que ela é verdadeira quando não se assenta na declaração de inconstitucionalidade, mas quando hoje, e é cada vez mais comum – por isso que foquei a questão nas fórmulas de preclusão, na separação dos planos –, quando nós temos a declaração de inconstitucionalidade de uma lei tributária; isso tem ocorrido tanto em sede de controle concentrado quanto em sede de controle incidental, daí o ministro Celso ter chamado a atenção para a fórmula do Senado, com um *dies a quo* para essa finalidade, a questão pode ter repercussão até mesmo de pedido administrativo à Fazenda para que faça a devolução imediata, tendo em vista o princípio da nulidade da lei inconstitucional. Portanto é apenas para que fique claro que esta decisão tem, sim, repercussão quando nós estamos a falar de declaração de inconstitucionalidade da lei tributária.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): A repercussão, no meu ponto de vista, é tão insignificativa que ela sozinha não justifica.

O sr. ministro Gilmar Mendes: Porque, a rigor, seria dispensável até mesmo a propositura de ação, assumindo a teoria da nulidade. Bastaria um pedido perante o Fisco para que se fizesse a devolução do tributo pago a partir da declaração de inconstitucionalidade.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): O que estava na minha observação era isso, indagar qual brasileiro que há mais de dez anos pagou alguma coisa e se lembrou disso só agora.

EXTRATO DA ATA

RE 566.621/RS – Relatora: Ministra Ellen Gracie. Recorrente: União (Advogada: Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional). Recorrido: Ruy Cesar Abella Ferreira (Advogado: Jorge Nilton Xavier de Souza). Interessado: Estado do Rio Grande do Sul (Advogada: PGE/RS - Karina da Silva Brum).

Decisão: Após os votos da ministra Ellen Gracie (relatora) e dos ministros Ricardo Lewandowski, Ayres Britto, Celso de Mello e Cezar Peluso (presidente), conhecendo e negando provimento ao recurso, e os votos dos ministros Marco Aurélio, Dias Toffoli, Cármen Lúcia e Gilmar Mendes, dando-lhe provimento, foi o julgamento suspenso para colher o voto do ministro Eros Grau. Ausente, licenciado, o ministro Joaquim Barbosa. Falaram, pela recorrente, o dr. Fabrício Sarmanho de Albuquerque e, pelo recorrido, Ruy Cesar Abella Ferreira, o dr. Marco André Dunley Gomes.

Presidência do ministro Cezar Peluso. Presentes à sessão os ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Ellen Gracie, Gilmar Mendes, Ayres Britto, Eros Grau, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia e Dias Toffoli. Procurador-geral da República, dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos.

Brasília, 5 de maio de 2010 – Luiz Tomimatsu, secretário.

VOTO

(Antecipação)

O sr. ministro Luiz Fux: Senhor presidente, a questão é muito simples, porque já está sedimentada.

No próprio Superior Tribunal de Justiça houve o julgamento de um recurso repetitivo, no qual ficou assentado - aliás, como já se formou aqui um número expressivo de julgados no mesmo sentido - que a LC 118 não é uma lei interpretativa; ela criou direito novo, criou direito no interesse da Fazenda. Há uma vasta digressão sobre várias correntes doutrinárias no tocante à caraterização da LC 118 como não sendo uma norma interpretativa. Então, estou de acordo com essa corrente firmada no sentido de que ela não é uma lei interpretativa. Aliás, Vossa Excelência também votou nesse sentido, ministra Ellen Gracie, assim como os ministros Ricardo Lewandowski e Ayres Britto.

O único destaque que faço é que a LC 118 criou um prazo prescricional para a propositura de ações de repetição do indébito. Então, o pagamento do indébito é que inaugura o prazo prescricional, e não a propositura da ação, porque com isso se suprime o prazo dos lesados; quer dizer, a prescrição pressupõe a lesão. É da data da lesão que começa a correr o prazo da ação.

A nova lei criou um novo prazo prescricional para a ação de repetição de indébito. Esse novo prazo prescricional leva em consideração as lesões ocorridas na data da entrada em vigor da LC 118, que é basicamente o que explicitou no seu voto o ministro Celso de Mello, dizendo aplicável aos pagamentos indevidos ocorridos após sua entrada em vigor. Realmente, se a prescrição é da ação, esse prazo de repetição de indébito tem que ser contado a partir da lesão ao direito, que foi o pagamento indevido.

Eu apenas sugeriria, com essa corrente majoritária já formada, que houvesse um ajuste nesse termo *a quo*.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Então, Vossa Excelência nega provimento?

O sr. ministro Luiz Fux: Nos termos do voto do ministro Celso de Mello.

VOTO-VISTA

O sr. ministro Luiz Fux:

> Constitucional. Tributário. Segurança jurídica. Princípio da irretroatividade das normas jurídicas (CF, art. 5º, XXXVI). LC 118/2005, arts. 3º e 4º. Diploma supostamente revestido de natureza interpretativa. Prazo prescricional para a repetição de indébito de tributo sujeito a lançamento por homologação. Tese dos cinco mais cinco. Alteração legislativa da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Criação de direito novo, em prejuízo dos contribuintes e em benefício da Fazenda Pública. Extravasamento dos limites conceituais das normas meramente interpretativas. Impossibilidade de aplicação retroativa. *Tempus regit actum*. Insuficiência do marco temporal da data do ajuizamento da demanda para a definição do prazo de prescrição aplicável. Pretensão de repetição que surge no momento do pagamento indevido. Teoria da *actio nata*. Lei nova cujo prazo prescricional se aplica tão somente aos pagamentos indevidos ocorridos após o início de sua vigência. Corrente inaugurada pelo voto do ilustre ministro Celso de Mello, que ora se perfilha. Recurso extraordinário ao qual se nega provimento.

Senhor presidente, a questão é muito simples, porque já está sedimentada.

No próprio Superior Tribunal de Justiça houve o julgamento de um recurso repetitivo (REsp 1.002.932/SP, rel. min. Luiz Fux), no qual ficou assentado – aliás, como já se formou aqui também um número expressivo de julgados no mesmo sentido – que a LC 118 não é uma lei interpretativa; ela criou direito novo, criou direito no interesse da Fazenda. Assim, estou de acordo com a corrente firmada no presente julgamento no sentido de que ela não é uma lei interpretativa, na linha do que votaram os ministros Ellen Gracie, Ricardo Lewandowski, Ayres Britto, Cezar Peluso e Celso de Mello.

Com efeito, a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça havia consagrado, anteriormente, a tese de que a *extinção do crédito tributário* teria como marco temporal do prazo quinquenal do direito do contribuinte pleitear restituição do indébito (art. 168, I, do CTN), condicionado à homologação expressa ou tácita do pagamento antecipado (art. 156, VII, do CTN), e não ao próprio pagamento, que configura mera antecipação *ex vi* do art. 150, § 1º, do *Codex* Tributário.

Assim, tendo em vista que a extinção do crédito tributário, em regra, efetiva-se com a homologação tácita, que se ultima cinco anos após a ocorrência do fato jurídico tributário (art. 150, § 4º, do CTN), afirmou-se que o prazo prescricional para a repetição ou compensação dos tributos sujeitos a lançamento por homologação começaria a fluir decorridos cinco anos, contados a partir da ocorrência do fato gerador, acrescidos de mais um quinquênio computado desde o termo final do prazo atribuído ao Fisco para verificar o *quantum* devido a título de tributo. À guisa de exemplo, merece transcrição a ementa do seguinte julgado oriundo da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça:

> *Constitucional. Tributário. Embargos de divergência. Contribuição previdenciária. Lei n. 7.787/89. Compensação. Prescrição. Decadência. Termo inicial do prazo. Precedentes.*
>
> 1. Está uniforme na 1ª Seção do STJ que, no caso de lançamento tributário por homologação e havendo silêncio do Fisco, o prazo decadencial só se inicia após decorridos 5 (cinco) anos da ocorrência do fato gerador, acrescidos de mais um quinquênio, a partir da homologação tácita do lançamento. Estando o tributo em tela sujeito a lançamento por homologação, aplicam-se a decadência e a prescrição nos moldes acima delineados.
>
> 2. Não há que se falar em prazo prescricional a contar da declaração de inconstitucionalidade pelo STF ou da resolução do Senado. A pretensão foi formulada no prazo concebido pela jurisprudência desta Casa Julgadora como admissível, visto que a ação não está alcançada pela prescrição, nem o direito pela decadência. Aplica-se, assim, o prazo prescricional nos moldes em que pacificado pelo STJ, *id est*, a corrente dos cinco mais cinco.
>
> 3. A ação foi ajuizada em 16-12-1999. Valores recolhidos, a título da exação discutida, em 9/1989. Transcorreu, entre o prazo do recolhimento (contado a partir de 12/1989) e o do ingresso da ação em juízo, o prazo de 10 (dez) anos. Inexiste prescrição sem que tenha havido homologação expressa da Fazenda, atinente ao prazo de 10 (dez) anos (5 + 5), a partir de cada fato gerador da exação tributária, contados para trás, a partir do ajuizamento da ação.

> 4. Precedentes desta Corte Superior.
>
> 5. Embargos de divergência rejeitados, nos termos do voto. [EREsp 435.835/SC, rel. min. Francisco Peçanha Martins, rel. p/ o ac. min. José Delgado, julgado em 24-3-2004, publicado no *DJ* de 4-6-2007.]

Nada obstante, em 9 de fevereiro de 2005, sobreveio a LC 118, que dispôs, em seu art. 3º, sobre a interpretação do inciso I do art. 168 do CTN, *verbis*:

> Art. 3º Para efeito de interpretação do inciso I do art. 168 da Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional, *a extinção do crédito tributário ocorre, no caso de tributo sujeito a lançamento por homologação, no momento do pagamento antecipado de que trata o § 1º do art. 150 da referida lei.*

O art. 4º da LC 118/2005 determinou a aplicação retroativa da norma jurídica inserta no dispositivo supracitado, em conformidade com o disposto no art. 106, I, do CTN, segundo o qual: "A lei aplica-se a ato ou fato pretérito: I – em qualquer caso, quando seja expressamente interpretativa, excluída a aplicação de penalidade à infração dos dispositivos interpretados".

Diante da aludida inovação legislativa, a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça reconsolidou a jurisprudência acerca da cognominada tese dos cinco mais cinco para a definição do termo *a quo* do prazo prescricional das ações de repetição/compensação de valores indevidamente recolhidos a título de tributo sujeito a lançamento por homologação, apenas no que pertine às demandas intentadas antes da entrada em vigor da LC 118/2005 (EREsp 327.043/DF, rel. min. João Otávio de Noronha, julgado em 27-4-2005). Naquela oportunidade, proferi voto-vista, posicionando-me no sentido de que:

> (...) a Lei Complementar 118, de 9 de fevereiro de 2005, aplica-se, tão somente, aos fatos geradores pretéritos ainda não submetidos ao crivo judicial, pelo que o novo regramento não é retroativo mercê de interpretativo. É que toda lei interpretativa, como toda lei, não pode retroagir. Outrossim, as lições de outrora coadunam-se com as novas conquistas constitucionais, notadamente a segurança jurídica da qual é corolário a vedação à denominada "surpresa fiscal".
>
> (...)
>
> À míngua de prequestionamento por impossibilidade jurídica absoluta de engendrá-lo, e considerando que não há inconstitucionalidade nas leis interpretativas como decidiu em recentíssimo pronunciamento o Pretório Excelso, o preconizado na presente sugestão de decisão ao colegiado,

sob o prisma institucional, deixa incólume a jurisprudência do Tribunal ao ângulo da máxima *tempus regit actum*, permite o prosseguimento do julgamento dos feitos de acordo com a jurisprudência reinante, sem invalidar a vontade do legislador através da suscitação de incidente de inconstitucionalidade de resultado moroso e duvidoso a afrontar a efetividade da prestação jurisdicional, mantendo hígida a norma com eficácia aos fatos pretéritos ainda não sujeitos à apreciação judicial, máxime porque o art. 106 do CTN é de constitucionalidade induvidosa até então e ensejou a edição da LC 118/2005, constitucionalmente imune de vícios.

Entrementes, este Supremo Tribunal Federal, em sede do recurso extraordinário interposto em face do *decisum* proferido nos autos dos EREsp 644.736/PE, nos quais se cuidou da matéria ora em debate, considerou caracterizada a violação do princípio constitucional da reserva de plenário (art. 97 da Constituição Federal de 1988), reputando declaratório de inconstitucionalidade o acórdão que "afasta a incidência de norma ordinária pertinente à lide para decidi-la sobre critérios diversos alegadamente extraídos da Constituição".

Consequentemente, a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça determinou o processamento, perante a Corte Especial daquele Tribunal, de incidente de inconstitucionalidade do art. 4º da LC 118/2005, na parte que determina a aplicação retroativa do disposto no art. 3º da mesma lei.

Na sessão de julgamento ocorrida em 6-6-2007, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça acolheu o referido incidente, para reconhecer a inconstitucionalidade da expressão "observado, quanto ao art. 3º, o disposto no art. 106, I, da Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional", constante do art. 4º, segunda parte, da LC 118/2005, *verbis*:

> *Constitucional. Tributário. Lei interpretativa. Prazo de prescrição para repetição de indébito, nos tributos sujeitos a lançamento por homologação. LC 118/2005: natureza modificativa (e não simplesmente interpretativa) do seu art. 3º. Inconstitucionalidade do seu art. 4º, na parte que determina a aplicação retroativa.*
>
> 1. Sobre o tema relacionado com a prescrição da ação de repetição de indébito tributário, a jurisprudência do STJ (1ª Seção) é no sentido de que, em se tratando de tributo sujeito a lançamento por homologação, o prazo de cinco anos, previsto no art. 168, do CTN, tem início, não na data do recolhimento do tributo indevido, e sim na data da homologação - expressa ou tácita - do lançamento. Segundo entende o Tribunal, para que o crédito se considere extinto, não basta o pagamento: é indispensável a homologação do lançamento, hipótese de extinção albergada pelo art. 156, VII, do CTN. Assim, somente

a partir dessa homologação é que teria início o prazo previsto no art. 168, I. E, não havendo homologação expressa, o prazo para a repetição do indébito acaba sendo, na verdade, de dez anos a contar do fato gerador.

2. Esse entendimento, embora não tenha a adesão uniforme da doutrina e nem de todos os juízes, é o que legitimamente define o conteúdo e o sentido das normas que disciplinam a matéria, já que se trata do entendimento emanado do órgão do Poder Judiciário que tem a atribuição constitucional de interpretá-las.

3. O art. 3º da LC 118/2005, a pretexto de interpretar esses mesmos enunciados, conferiu-lhes, na verdade, um sentido e um alcance diferente daquele dado pelo Judiciário. Ainda que defensável a "interpretação" dada, não há como negar que a lei inovou no plano normativo, pois retirou das disposições interpretadas um dos seus sentidos possíveis, justamente aquele tido como correto pelo STJ, intérprete e guardião da legislação federal.

4. Assim, tratando-se de preceito normativo modificativo, e não simplesmente interpretativo, o art. 3º da LC 118/2005 só pode ter eficácia prospectiva, incidindo apenas sobre situações que venham a ocorrer a partir de sua vigência.

5. O art. 4º, segunda parte, da LC 118/2005, que determina aplicação retroativa do seu art. 3º, para alcançar inclusive fatos passados, ofende o princípio constitucional da autonomia e independência dos poderes (CF, art. 2º) e o da garantia do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada (CF, art. 5º, XXXVI).

6. Arguição de inconstitucionalidade acolhida. [AI nos EREsp 644.736/PE, rel. min. Teori Albino Zavascki, julgado em 6-6-2007.]

No voto condutor da arguição de inconstitucionalidade, assinalou ainda o e. ministro relator da decisão do Superior Tribunal de Justiça que, "com o advento da LC 118/05, a prescrição, do ponto de vista prático, deve ser contada da seguinte forma: relativamente aos pagamentos efetuados a partir da sua vigência (que ocorreu em 9-6-05), o prazo para a repetição do indébito é de cinco a contar da data do pagamento; e relativamente aos pagamentos anteriores, a prescrição obedece ao regime previsto no sistema anterior, limitada, porém, ao prazo máximo de cinco anos a contar da vigência da lei nova.

Deveras, a norma inserta no art. 3º da lei complementar em tela, indubitavelmente, cria direito novo, não configurando lei meramente interpretativa, cuja retroação é permitida, consoante apregoa doutrina abalizada:

Denominam-se leis interpretativas as que têm por objeto determinar, em caso de dúvida, o sentido das leis existentes, sem introduzir disposições novas. [nota: A questão da caracterização da lei interpretativa tem sido objeto de não pequenas divergências, na doutrina. *Há a corrente que exige uma declaração expressa do próprio legislador (ou do órgão de que emana a norma interpretativa), afirmando ter a lei (ou a norma jurídica, que não se apresente como lei) caráter interpretativo.* Tal é o entendimento da Affolter (*Das intertemporale Recht*, vol. 22, *System des deutschen bürgerlichen Uebergangsrechts*, 1903, p. 185), julgando necessária uma *Auslegungsklausel*, ao qual Gabba, *que cita, nesse sentido, decisão de tribunal de Parma*, (...) Compreensão também de Vescovi (*Intorno alla misura dello stipendio dovuto alle maestre insegnanti nelle scuole elementari maschili*, in *Giurisprudenza italiana*, 1904, I, I, cols. 1191, 1204) e a que adere Duguit, *para quem nunca se deve presumir ter a lei caráter interpretativo – "os tribunais não podem reconhecer esse caráter a uma disposição legal, senão nos casos em que o legislador lho atribua expressamente"* (*Traité de droit constitutionnel*, 3. ed., vol. 2º, 1928, p. 280). Com o mesmo ponto de vista, o jurista pátrio Paulo de Lacerda concede, entretanto, que *seria exagero exigir que a declaração seja inserida no corpo da própria lei não vendo motivo para desprezá-la se lançada no preâmbulo, ou feita noutra lei. Encarada a questão, do ponto de vista da lei interpretativa por determinação legal, outra indagação, que se apresenta, é saber se, manifestada a explícita declaração do legislador, dando caráter interpretativo, à lei, esta se deve reputar, por isso, interpretativa, sem possibilidade de análise, por ver se reúne requisitos intrínsecos, autorizando uma tal consideração.*

(...)

(...) Savigny *coloca a questão nos seus precisos termos, ensinando: "trata-se unicamente de saber se o legislador fez, ou quis fazer uma lei interpretativa, e, não, se na opinião do juiz essa interpretação está conforme com a verdade"* (*System des heutigen romischen Rechts*, vol. 8º, 1849, p. 513). *Mas, não é possível dar coerência a coisas, que são de si incoerentes, não se consegue conciliar o que é inconciliável. E, desde que a chamada interpretação autêntica é realmente incompatível com o conceito, com os requisitos da verdadeira interpretação (v., supra, a nota 55 ao n. 67), não admira que se procurem torcer as conseqüências inevitáveis, fatais de tese forçada, evitando-se-lhes os perigos. Compreende-se, pois, que muitos autores não aceitem o rigor dos efeitos da imprópria interpretação.* Há quem, como Gabba (*Teoria delta retroattività delle leggi*, 3. ed., vol. 1º, 1891, p. 29), que invoca Mailher de Chassat (*Traité de la rétroactivité des lois*, vol.

1º, 1845, p. 131 e 154), sendo seguido por Landucci (*Trattato storico-teorico-pratico di diritto civile francese ed italiano, versione ampliata del Corso di diritto civile francese, secondo il metodo dello Zachariæ, di Aubry e Rau*, vol. 1º e único, 1900, p. 675) e Degni (*L'interpretazione della legge*, 2. ed., 1909, p. 101), *entenda que é de distinguir quando uma lei é declarada interpretativa, mas encerra, ao lado de artigos que apenas esclarecem, outros introduzindo novidade, ou modificando dispositivos da lei interpretada.* Paulo de Lacerda (*loc. cit.*) *reconhece ao juiz competência para verificar se a lei é, na verdade, interpretativa, mas somente quando ela própria afirme que o é.* Landucci (*nota 7 à p. 674 do vol. cit.*) *é de prudência manifesta: "Se o legislador declarou interpretativa uma lei, deve-se, certo, negar tal caráter somente em casos extremos, quando seja absurdo ligá-la com a lei interpretada,* quando nem mesmo se possa considerar a mais errada interpretação imaginável. A lei interpretativa, pois, permanece tal, ainda que errônea, *mas, se de modo insuperável, que suplante a mais aguda conciliação, contrastar com a lei interpretada, desmente a própria declaração legislativa."* Ademais, a doutrina do tema é pacífica no sentido de que: "*Pouco importa que o legislador, para cobrir o atentado ao direito, que comete, dê à sua lei o caráter interpretativo. É um ato de hipocrisia, que não pode cobrir uma violação flagrante do direito.*" (*Traité de droit constitutionnel*, 3. ed., vol. 2º, 1928, p. 274-275). [Eduardo Espínola e Eduardo Espínola Filho. In: *A Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro*. vol. I, 3. ed., p. 294 a 296.]

Consectariamente, em se tratando de pagamentos indevidos efetuados antes da entrada em vigor da LC 118/2005 (9-6-2005), o prazo prescricional para o contribuinte pleitear a restituição do indébito, nos casos dos tributos sujeitos a lançamento por homologação, continua observando a cognominada tese dos cinco mais cinco, desde que, na data da vigência da novel lei complementar, sobejem, no máximo, cinco anos da contagem do lapso temporal (regra que se coaduna com o disposto no art. 2.028 do Código Civil de 2002, segundo o qual: "Serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada.").

Por outro lado, ocorrido o pagamento antecipado do tributo após a vigência da aludida norma jurídica, o *dies a quo* do prazo prescricional para a repetição/compensação é a data do recolhimento indevido.

Assim, e em suma, o único destaque que faço com relação aos votos dos ministros Ellen Gracie, Ricardo Lewandowski, Ayres Britto e Cezar Peluso se refere ao marco temporal para a incidência da LC 118/2005. Com efeito, se a LC 118 criou um prazo prescricional para a propositura de ações de repetição do indébito, o fato que inaugura o prazo prescricional, do ponto de vista conceitual, tem de ser o *pagamento do indébito*, e não a propositura da

ação judicial, porque com essa última opção se suprime o prazo dos lesados; quer dizer, a prescrição pressupõe a lesão – *in casu*, o pagamento indevido. É da data da lesão que começa a correr o prazo da ação, segundo a teoria da *actio nata*, de forma que esse novo prazo prescricional leva em consideração apenas as lesões ocorridas após a data da entrada em vigor da LC 118, que é basicamente o que explicitou no seu voto o ministro Celso de Mello, dizendo aplicável aos *pagamentos indevidos ocorridos após sua entrada em vigor*.

Ex positis, nego provimento ao recurso, acompanhando o voto do ilustre ministro Celso de Mello.

É como voto.

DEBATE

O sr. ministro Marco Aurélio: Essa óptica implica majoração do prazo, dobrando-o, e está em decisão pioneira no âmbito do Supremo, ou seja, por força de uma lei que se mostrou, simplesmente, interpretativa, passou-se a ter prazo de dez anos?

O sr. ministro Luiz Fux: Ministro Marco Aurélio, se Vossa Excelência me permite, lá no Superior...

O sr. ministro Marco Aurélio: A questão é muito séria.

O sr. ministro Luiz Fux: Não, não, a questão é mais séria ainda, porque...

O sr. ministro Marco Aurélio: Vamos decidir, pela primeira vez...

O sr. ministro Luiz Fux: Porque lá no Superior Tribunal de Justiça nos causou extrema estranheza uma lei ser interpretativa cinquenta anos depois.

O sr. ministro Marco Aurélio: Penso, presidente, que, ante o tipo de matéria, devemos aguardar a presença dos colegas que podem votar no caso.

O sr. ministro Luiz Fux: Todos já votaram, só faltava um voto.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Todos já votaram, só falta o ministro Joaquim Barbosa, e com o voto do ministro Luiz Fux...

O sr. ministro Marco Aurélio: O ministro Gilmar Mendes votou?

O sr. ministro Luiz Fux: Votou.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Votou com Vossa Excelência.

O sr. ministro Luiz Fux: Só não votou o ministro Joaquim Barbosa, que estava ausente.

O sr. ministro Marco Aurélio: Não, pelo que tenho aqui, a relatora, os ministros Ricardo Lewandowski, Ayres Britto e o presidente negam provimento. Eu, o ministro Dias Toffoli e a ministra Cármen Lúcia damos provimento. O ministro Gilmar Mendes...

O sr. ministro Luiz Fux: Só o ministro Joaquim Barbosa estava ausente.

O sr. ministro Cezar Peluso (presidente): Ausente, porque estava licenciado.

O sr. ministro Marco Aurélio: Bom, de qualquer forma, já proferi o voto.

EXTRATO DA ATA

RE 566.621/RS – Relatora: Ministra Ellen Gracie. Recorrente: União (Procurador: Procurador-Geral da Fazenda Nacional). Recorrido: Ruy Cesar Abella Ferreira (Advogados: Jorge Nilton Xavier de Souza e outros). Interessado: Estado do Rio Grande do Sul (Procurador: Procurador-geral do Estado do Rio Grande do Sul).

Decisão: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto da relatora, negou provimento ao recurso extraordinário, contra os votos dos ministros Marco Aurélio, Dias Toffoli, Cármen Lúcia e Gilmar Mendes. Ausente, licenciado, o ministro Joaquim Barbosa. Presidiu o julgamento o ministro Cezar Peluso.

Presidência do ministro Cezar Peluso. Presentes à sessão os ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Ellen Gracie, Gilmar Mendes, Ayres Britto, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Dias Toffoli e Luiz Fux. Subprocuradora-geral da República, dra. Sandra Cureau.

Brasília, 4 de agosto de 2011 – Luiz Tomimatsu, secretário.

Jurisprudência Criminal

RECURSO ESPECIAL N. 1.345.827-AC (2012/0203089-9)

Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze
Recorrente: Ministério Público do Estado do Acre
Recorrido: Ericle Araújo de Freitas
Advogados: Patrich Leite de Carvalho
Luccas Vianna Santos
Agravante: Ministério Público do Estado do Acre
Agravado: Ericle Araújo de Freitas
Advogados: Patrich Leite de Carvalho
Luccas Vianna Santos

EMENTA

1. Direito Penal. Agravo em recurso especial. Admissão parcial do recurso. Interposição simultânea de agravo. Não cabimento. Súmulas n. 292-STF e 528-STF. Agravo não conhecido.

2. Direito Penal. Recurso especial. Tráfico de drogas. Divergência jurisprudencial. Violação ao art. 40, III, da Lei n. 11.343/2006. Não ocorrência. Utilização de transporte público. Dificuldade de fiscalização. Desnecessidade de oferecer a droga. Revisão de entendimento.

3. Imprescindibilidade de maior vulneração do bem jurídico tutelado. Proteção a locais com maior número de pessoas. Necessidade de comercialização. Precedentes do STF.

4. Utilização de táxi. Transporte público individual. Similar a carro privado. Situação que não se insere na incidência da causa de aumento.

5. Recurso especial improvido.

1. Não é cabível a interposição de agravo em recurso especial contra decisão que admite parcialmente o recurso especial, porquanto a controvérsia é encaminhada por inteiro à Corte Superior, que realizará, inevitavelmente, segundo juízo de admissibilidade sobre todos os temas apresentados no apelo especial. Não há, portanto, interesse recursal, incidindo, no caso os Verbetes n. 292 e 528 da Súmula do Supremo Tribunal Federal.

2. Entendimento consolidado no Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a simples utilização de transporte público como meio para concretizar o tráfico de drogas, por si só, já caracteriza a causa de aumento, que não merece prevalecer.

3. As causas de aumento da pena estão relacionadas à maior vulneração do bem jurídico tutelado, devendo, portanto, ser levada em consideração a maior reprovabilidade da conduta, o que apenas se verifica quando o transporte público é utilizado para difundir drogas ilícitas a um número maior de pessoas. Precedentes do Supremo Tribunal Federal.

4. A conduta consistente na utilização de veículo táxi para transporte de droga, sem a comercialização para terceiros, não enseja a incidência de causa de aumento de pena do inciso III do art. 40 da Lei n. 11.434/2006, seja em razão de inexistência de aglomeração de pessoas a facilitar a dispersão da droga, seja porque a fiscalização de tal veículo é equiparada à do veículo particular, tratando-se, em regra, de transporte não simultâneo de pessoas.

5. Agravo não conhecido e recurso especial a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do agravo e conhecer do recurso especial, mas lhe negar provimento.

Os Srs. Ministros Moura Ribeiro, Regina Helena Costa, Laurita Vaz e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 18 de março de 2014 (data do julgamento).

Ministro Marco Aurélio Bellizze, Relator.

DJe 27.3.2014

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Marco Aurélio Bellizze: Trata-se de agravo em recurso especial e de recurso especial interpostos pelo Ministério Público, com fundamento no art. 105, inciso III, alíneas **a** e **c**, da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Acre.

Consta dos autos que o recorrido foi condenado como incurso no art. 33, *caput*, c.c. o art. 40, inciso III, da Lei n. 11.343/2006, à pena de 10 (dez) anos de reclusão, em regime fechado. Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação, ao qual se deu parcial provimento para afastar a causa de aumento, nos termos da seguinte ementa (fl. 300):

> *Apelação criminal. Tráfico de drogas. Aplicação da pena-base no mínimo legal. Impossibilidade. Circunstâncias judiciais desfavoráveis. Incidência da redutora prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 no grau máximo. Vedação. Circunstâncias objetivas da infração penal. Exclusão da causa de aumento de pena prevista no art. 40, III, da Lei de Drogas. Possibilidade. Provimento parcial do apelo.* 1. Não há que se falar em fixação da pena-base no mínimo legal quando as circunstâncias judiciais são desfavoráveis ao apenado. 2. A causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, deve ser aplicada com observância das circunstâncias objetivas que ladearam a infração, sobretudo o modo de agir do autor e a quantidade de droga apreendida, não obstando sua inaplicabilidade, desde que devidamente fundamentada. 3. *Evidenciado que o apelante não estava oferecendo droga no interior do transporte público, deve ser excluída de sua condenação a causa de aumento de pena prevista no art. 40, III, da Lei Antidrogas.*

No recurso especial, alega o Ministério Público, além de divergência jurisprudencial, violação ao art. 40, inciso III, da Lei n. 11.343/2006, pois, a seu ver, referida causa de aumento "não se limita àquela hipótese em que o sujeito, efetivamente, oferece a sua mercadoria ilícita às pessoas que estejam dentro do transporte público, mas também àquele que se vale da natural dificuldade de fiscalização policial, em transporte público, para melhor conduzir a droga".

As contrarrazões foram apresentadas às fls. 332-341 e o Tribunal de origem, às fls. 344-345, admitiu o recurso especial apenas pela alínea **c** do permissivo constitucional, inadmitindo pela alínea **a**, por ausência de prequestionamento. Diante da inadmissão parcial, o Ministério Público interpôs agravo em recurso especial, asseverando estar devidamente prequestionada a matéria.

Por fim, o Ministério Público Federal manifestou-se, às fls. 384-387, pelo conhecimento e provimento do recurso especial, nos seguintes termos:

> Recurso especial parcialmente admitido. Interposição de agravo. Falta de interesse recursal. Súmulas n. 292 e 528-STF. Tráfico ilícito de entorpecentes. Pleito de reconhecimento da majorante do art. 40, inciso III, da Lei n. 11.343/2006. Possibilidade. Delito cometido em transporte público. Maior desvalor da conduta. Prescindibilidade do comércio de droga no interior do veículo. Pelo não conhecimento do agravo. Pelo conhecimento e provimento do recurso especial.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio Bellizze (Relator): Inicialmente, no que concerne ao agravo em recurso especial, importante destacar não ser cabível a interposição do referido recurso contra decisão que admite parcialmente o recurso especial. Com efeito, ainda que o apelo especial não seja admitido em sua integralidade, tem-se que a controvérsia é encaminhada por inteiro à Corte Superior, que realizará, inevitavelmente, segundo juízo de admissibilidade sobre todos os temas apresentados no apelo especial.

Dessa forma, nos termos do que referido no parecer do Ministério Público Federal, não há interesse recursal apto a possibilitar o manejo do mencionado instrumento processual. Ao ensejo, confiram-se os Verbetes n. 292 e 528 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, que tratam do tema e se aplicam por analogia ao recurso especial:

> Interposto o recurso extraordinário por mais de um dos fundamentos indicados no art. 101, III, da Constituição, a admissão apenas por um deles não prejudica o seu conhecimento por qualquer dos outros.
>
> Se a decisão contiver partes autônomas, a admissão parcial, pelo presidente do Tribunal *a quo*, de recurso extraordinário que, sobre qualquer delas se manifestar, não limitará a apreciação de todas pelo Supremo Tribunal Federal, independentemente de interposição de agravo de instrumento.

A propósito, veja-se ainda o seguinte precedente desta Corte Superior:

> *Agravo regimental no agravo de instrumento. Decisão agravada que admite parcialmente o recurso especial. Falta de interesse recursal. Súmulas n. 292-STF e 528-STF. Descabimento.* 1. A admissão parcial do recurso especial pelo Tribunal de origem não impede o exame pelo STJ de todas as questões nele veiculadas, independentemente da interposição de agravo de instrumento. 2. Agravo regimental não provido. (AgRg no Ag n. 1.342.835-SC, Relator o Ministro *Benedito Gonçalves*, DJe 20.9.2011).

No que concerne ao recurso especial, verifico que a irresignação cinge-se à análise acerca da incidência da causa de aumento prevista no art. 40, inciso III, da Lei n. 11.343/2006, nos casos em que o entorpecente não é oferecido dentro do transporte público utilizado - no caso um táxi (fl. 205).

O Tribunal de origem considerou não ser possível aplicar a causa de aumento no caso dos autos, sob os seguintes fundamentos (fl. 303):

> No tocante ao pleito de exclusão da causa de aumento de pena prevista no art. 40, inciso III, da Lei n. 11.343/2006 (em transporte público) merece prosperar, já que embora pela leitura do dispositivo legal bastaria, para a sua incidência, que os entorpecentes fossem levados em transporte público, esta Colenda Câmara vem entendendo no sentido de que, *para a incidência da majorante seria necessário que o réu realizasse o oferecimento da droga às demais pessoas com quem utiliza o referido transporte* (Acórdão n. 12.115, rel. Des. Feliciano Vasconcelos, 20.10.2011), o que não é o caso dos autos, devendo, portanto, ser excluída a causa de aumento de pena.

Sobre o tema, importante destacar, num primeiro momento, que prevalece no Superior Tribunal de Justiça o entendimento no sentido de que a simples utilização de transporte público como meio para concretizar o tráfico de drogas, por si só, já caracteriza referida causa de aumento.

De fato, pondera-se que a incidência da majorante não se limita às hipóteses em que o sujeito, efetivamente, oferece sua mercadoria ilícita às pessoas que estejam sendo transportadas, sopesando-se igualmente a natural dificuldade da fiscalização policial em transporte público para melhor conduzir a substância entorpecente.

Nesse sentido:

> Habeas corpus *substitutivo de recurso. Não cabimento. Tráfico de drogas. Causa de aumento de pena. Crime cometido em transporte público. Incidência. Substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Questão não submetida à apreciação do Tribunal de origem. Apelo exclusivo da acusação. Ilegalidade inexistente.* 1. (...). 2. A aplicação da causa de aumento de pena em razão da prática do crime em transporte coletivo (art. 40, III, da Lei n. 11.343/2006) não está limitada àquelas hipóteses em que o agente efetivamente venda, exponha à venda ou ofereça droga. É bastante, para tanto, a ocorrência de quaisquer dos verbos contidos no tipo penal dentro de coletivo. 3. (...). (HC n. 241.703-MT, Relator o Ministro *Sebastião Reis Júnior*, DJe 1º.8.2013).

> *Agravo regimental no recurso especial. Tráfico de drogas em transporte coletivo. Art. 40, III, da Lei n. 11.343/2006. Causa de aumento. Incidência.* 1. O Superior Tribunal de Justiça firmou a compreensão de que a mera utilização do transporte público como meio para realizar o tráfico de entorpecentes é suficiente à incidência da causa de aumento pertinente, *que também se destinaria à repressão da conduta de quem se vale da maior dificuldade da fiscalização em tais circunstâncias para melhor conduzir a substância ilícita.* 2. A aplicação do art. 40, III, da Lei n. 11.343/2006, portanto,

> não se limita às hipóteses em que o agente oferece o entorpecente às pessoas que estejam se utilizando do transporte público. 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no REsp n. 1.333.564-PR, Relator o Ministro *Jorge Mussi*, DJe 23.5.2013).

Contudo, entendo não ser esta a melhor interpretação a ser dada à parte final da norma esculpida no art. 40, inciso III, da Lei de Drogas. De fato, referido artigo dispõe que devem ser aumentadas de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços) as penas previstas nos arts. 33 a 37 da Lei n. 11.343/2006, se:

> a infração tiver sido cometida *nas dependências ou imediações* de estabelecimentos prisionais, de ensino ou hospitalares, de sedes de entidades estudantis, sociais, culturais, recreativas, esportivas, ou beneficentes, de locais de trabalho coletivo, de recintos onde se realizem espetáculos ou diversões de qualquer natureza, de serviços de tratamento de dependentes de drogas ou de reinserção social, de unidades militares ou policiais ou *em transportes públicos*;

Nesse contexto, para a imposição de maior punição àquele que transporta a droga em veículo coletivo e não em veículo particular, mostra-se indispensável aferir qual a efetiva razão da causa de aumento da pena. Considerar que o legislador visou simplesmente coibir o traslado de substância entorpecente em transporte público, sem levar em conta outras circunstâncias do delito, situaria a majorante como uma mera causa objetiva, conforme tem sido salientado pelo Superior Tribunal de Justiça.

No entanto, referido entendimento não esclarece qual o fator apto a tornar a conduta daquele que utiliza um ônibus mais gravosa do que a daquele que utiliza carro particular. Tem-se tentado justificar a majorante no fato de a fiscalização ser mais difícil nos transportes públicos, bem como na dificuldade que se pode encontrar eventualmente para identificar o dono do entorpecente.

Contudo, considero que a fiscalização deve se dar de forma igual nos veículos públicos e nos particulares, podendo se tornar até mais dificultosa em um transporte particular, ante a possibilidade de a pessoa esconder a droga em lugares por vezes inusitados. Entendo, por exemplo, que a fiscalização ocorrida na utilização de aviões comerciais é extremamente criteriosa, não se sustentando, assim, referido argumento.

Sobre esse ponto, transcrevo trecho do voto proferido pela Ministra Rosa Weber no julgamento do *Habeas Corpus* n. 109.538-MS:

> Questionável, por outro lado, o argumento *extra legem* de que o porte de droga em transporte público é de mais difícil detecção do que o transporte por qualquer outro meio, inclusive por veículos particulares. Não me parece que essa maior dificuldade esteja demonstrada ou seja passível de

, sem margem para questionamentos. Concluo que a aplicação da causa de aumento do inciso III do art. 40 da Lei n. 11.343/2006 exige, no tocante ao "transporte público", a comercialização da droga no próprio transporte público, de todo insuficiente a mera utilização do veículo para a sua carga.

No mais, eventual dificuldade gerada para se identificar o proprietário do material ilícito não torna a conduta mais gravosa. Com efeito, a identificação da autoria delitiva não faz parte do tipo penal, mas sim da seara probatória, não sendo legítimo, portanto, aplicar pena mais grave sob essa motivação.

Saliente-se que as causas de aumento da pena estão relacionadas à maior vulneração do bem jurídico tutelado. Portanto, deve ser levada em consideração a maior reprovabilidade da conduta, o que, a meu ver, apenas se verifica quando o meio de transporte - público - é utilizado para difundir drogas ilícitas a um número maior de pessoas.

A propósito, veja-se lição de Vicente Greco Filho:

> Segundo Vicente Greco Filho, "os locais enumerados, em geral os mais visados pelos traficantes em virtude da , fazem com que o *perigo à saúde pública seja maior* se a infração, em qualquer de suas fases de execução ou formas, ocorrer em seu interior ou proximidades". (GRECO FILHO, V. **Tóxicos**: prevenção-repressão. 14. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 232).

Nessa linha de raciocínio, o fator que torna a conduta mais reprovável, determinando a incidência da causa de aumento, é o incremento do risco à saúde pública, o que ocorre quando o crime é praticado em locais com grande aglomeração de pessoas, facilitando a difusão da droga ilícita. Tem-se, dessa forma, critério razoável em função do perigo maior acarretado, o que não ocorre pela simples utilização do transporte público sem que as demais pessoas tenham qualquer contato com a substância entorpecente.

Destaco, outrossim, que o Supremo Tribunal Federal já começou a rever o entendimento antes dominante, com decisões recentes de ambas as turmas daquela Corte considerando que "*a mera utilização de transporte público para o carregamento da droga não leva à aplicação da causa de aumento do inciso III do art. 40 da Lei n. 11.343/2006*" (HC n. 119.782, Relatora a Ministra Rosa Weber, Primeira Turma, DJe 31.1.2014).

Nesse sentido:

> Habeas corpus. *Penal. Tráfico ilícito de drogas. Pena. Dosimetria. Lei n. 11.343/2006, art. 40, III. Causa de aumento da pena. Apreensão da substância entorpecente no interior de*

transporte público. Interpretação sistemática e teleológica da norma. Controvérsia relacionada com a fixação da pena-base acima do mínimo legal em virtude de circunstância desfavorável ao paciente. Reexame. Impossibilidade. Ordem parcialmente deferida. - A causa de aumento de pena prevista no inciso III do art. 40 da Lei 11.343/2006 somente tem aplicação nas hipóteses em que se verifica a comercialização de drogas nos locais referidos no preceito. Interpretação sistemática e teleológica do dispositivo legal, por meio do qual o legislador ordinário pretendeu, em face de certas situações, sancionar com maior rigor o tráfico de entorpecentes. II - A apreensão de substância entorpecente na posse de agente que se encontrava no transporte público - ônibus coletivo -, sem que haja comprovação de mercancia de drogas dentro do veículo, não é suficiente para aplicação da causa de aumento prevista na Lei Antidrogas. *Alteração de entendimento da Primeira Turma.* III - (...). IV - Ordem de *habeas corpus* parcialmente concedida, para afastar a aplicação da causa de aumento de pena prevista no inciso III do art. 40 da Lei n. 11.343/2006. (HC n. 115.815, Relator o Ministro *Ricardo Lewandowski*, Segunda Turma, DJe 27.8.2013).

Por oportuno, confira-se ainda a seguinte notícia veiculada na página eletrônica do Supremo Tribunal Federal, referente ao julgamento do *Habeas Corpus* n. 118.676-MS, de relatoria do Ministro Luiz Fux, em sessão realizada em 11.3.2014, e com acórdão pendente de publicação:

> 1ª Turma reduz pena de condenada que transportava droga em ônibus.
>
> A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal (STF) concedeu *Habeas Corpus* (HC n. 118.676) para reduzir a pena aplicada a uma mulher condenada por tráfico de drogas pela Justiça do Mato Grosso do Sul. O entendimento adotado foi de que o simples fato de se utilizar transporte público para transportar a droga não implica aumento da pena. Condenada pela Justiça local a 1 ano e 8 meses de detenção por transportar 100 gramas de cocaína em um ônibus, a ré teve a pena aumentada para 1 ano, 11 meses e 10 dias em julgamento de recurso interposto pelo Ministério Público ao Superior Tribunal de Justiça (STJ). Segundo a decisão daquela corte, a simples utilização de transporte público como meio para concretizar o tráfico já caracteriza a causa de aumento de pena previsto no artigo 40, inciso III, da Lei de Drogas (Lei n. 11.343/2006). Segundo o dispositivo da lei, as penas previstas para tráfico são aumentadas se a infração tiver sido cometida nas dependências ou imediações de diversos

estabelecimentos – como escolas e hospitais – e em transportes públicos. *Para o relator do* habeas corpus *no STF, ministro Luiz Fux, a ré não incidiu na causa de aumento da pena de fazer do ônibus um instrumento para a venda. "Ela estava transportando com ela a substância, de sorte que não haveria sentido em aplicar a majorante como se ela estivesse vendendo dentro de um ônibus ou em uma escola", afirmou o relator em seu voto, acompanhado pela Turma por unanimidade.*

Portanto, tendo o Tribunal de origem consignado que nem sequer ficou demonstrada a intenção do recorrente em difundir o entorpecente dentro do transporte público, entendo não ser possível se cogitar da incidência da causa de aumento ora em tela.

Ainda que superada aludida tese, mostra-se igualmente inviável restabelecer a incidência da referida causa de aumento no presente caso, haja vista o recorrido ter se utilizado de um táxi. Com efeito, apesar de se tratar efetivamente de modalidade de transporte público, evidente que não se trata, em regra, de transporte coletivo ou simultâneo de passageiros.

Assim, persistindo, eventualmente, a conclusão no sentido de que a causa de aumento incide em razão da dificuldade de fiscalização, tem-se que o transporte por meio de táxi se assemelha ao transporte em carro particular, sofrendo, portanto, o mesmo tipo de fiscalização. Da mesma forma, inviável se falar em dificuldade de identificação do proprietário do material ilícito, pois se trata, em regra, de transporte público individual.

Portanto, independentemente da tese que prevaleça sobre a incidência da causa de aumento, tenho que a conduta consistente na utilização de táxi para transporte da droga, sem comercialização para terceiros, não se insere na aludida causa de aumento de pena. De fato, não há aglomeração de pessoas, a fiscalização se equipara à de carro particular e se trata, em regra, de transporte individual, ou seja, de transporte não simultâneo de passageiros.

Diante do exposto, nego provimento ao recurso especial.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.374.643-RJ (2013/0076548-3)

Relator: Ministro João Otávio de Noronha
Recorrente: Nova Riotel Empreendimentos Hoteleiros Ltda
Advogados: Sergio Bermudes e outro(s)
Alde da Costa Santos Júnior e outro(s)
Marcelo Fontes César de Oliveira
Marcelo Lamego Carpenter
Ricardo Loretti
Recorrido: BHG S/A - Brazil Hospitality Group
Advogados: Carlos David Albuquerque Braga e outro(s)
Marlan de Moraes Marinho Junior e outro(s)
Matheus Barros Marzano e outro(s)
Gabriella de Paula Almeida e outro(s)
Guilherme Augusto de Lima França e outro(s)
Recorrido: Melongena Empreendimentos 1 Ltda
Advogados: Marlan de Moraes Marinho Junior
Matheus Barros Marzano
Recorrido: Veplan Hoteis e Turismo S/A - Em recuperação judicial
Advogados: Sylvio Kelner e outro(s)
Bernardo Marcelo Kelner
Recorrido: Alexandre da Silva Barcelos
Advogado: Nilton Aizenmam
Recorrido: Fácil Factoring Assessoria Comércio e Importação Ltda - Microempresa
Advogado: Pedro Paulo Coelho Pimentel e outro(s)

EMENTA

Recurso especial. Falta de prequestionamento. Violação do art. 535, I e II, do CPC. Não ocorrência. Recuperação judicial. Venda direta de imóvel aprovada pelos credores no plano de recuperação. Direito de preferência do locatário. Venda por decisão judicial. Não caracterização. Decadência. Necessidade de ciência inequívoca de todas as condições definitivas do negócio. Qualificação jurídica de fato delimitado na origem. Possibilidade. Desvio de finalidade e abuso de direito. Não ocorrência. Coisa julgada. Inexistência.

1. A falta de prequestionamento dos dispositivos apontados como violados impede o conhecimento do recurso especial quanto ao ponto.

2. Não há ofensa ao art. 535, I e II, do CPC quando o acórdão recorrido, integrado pelo julgado proferido nos embargos de declaração, dirime, de forma expressa, congruente e motivada, as questões suscitadas nas razões recursais.

3. A venda direta de imóvel decorrente do plano de recuperação judicial do locador, aprovado pelos credores e homologado pelo juiz, não caracteriza *venda por decisão judicial*, a que alude o art. 32 da Lei n. 8.245/1991. Assim, deve ser respeitado o direito de preferência do locatário, previsto no art. 27 do mesmo diploma legal.

4. A contagem do prazo decadencial para o exercício do direito de preferência somente tem início com a ciência inequívoca de todas as condições definitivas do negócio a ser realizado com terceiro.

5. "*Não ofende o princípio da Súmula n. 7 emprestar-se, no julgamento do especial, significado diverso aos fatos estabelecidos pelo acórdão recorrido. Inviável é ter como ocorridos fatos cuja existência o acórdão negou ou negar fatos que se tiveram como verificados*" (AgRg nos EREsp n. 134.108-DF, Corte Especial, DJ de 16.8.1999).

6. A manifestação da locatária no sentido de refinanciar o imóvel não configura desvio de finalidade do instituto da preferência ou mesmo abuso de direito.

7. Inexiste coisa julgada quando a decisão anterior não apreciou a questão do direito de preferência.

8. Recurso especial parcialmente conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Sidnei Beneti, Paulo de Tarso Sanseverino, Ricardo Villas Bôas Cueva (Presidente) e Nancy Andrighi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Dr(a). Marcelo Lamego Carpenter, pela parte recorrente: Nova Riotel Empreendimentos Hoteleiros Ltda.

Dr(a). Henrique Neves da Silva, pela parte recorrida: BHG S/A – Brazil Hospitality Group.

Dr(a). Bernardo Marcelo Kelner, pela parte recorrida: VEPLAN Hotéis e Turismo S/A.

Brasília (DF), 6 de maio de 2014 (data do julgamento).

Ministro João Otávio de Noronha, Relator.

DJe 2.6.2014.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro João Otávio de Noronha: O presente recurso especial tem origem em agravo de instrumento interposto pelas ora recorridas contra decisão proferida nos autos de recuperação judicial (Processo n. 0117979-68.2006.8.19.0001, 6ª Vara Empresarial do Rio de Janeiro) da empresa *VEPLAN Hotéis e Turismo S/A*, que reconheceu à ora recorrente, *Nova Riotel Empreendimentos Hoteleiros Ltda*, com base na Lei do Inquilinato, o direito de preferência na aquisição do imóvel localizado na Av. Atlântica, 4.240, Copacabana, Rio de Janeiro (RJ), prédio onde funciona o Hotel Sofitel.

Segundo o plano de recuperação aprovado em assembleia de credores e homologado pelo Juízo, o único imóvel de propriedade da recuperanda seria alienado pelo preço mínimo de R$ 170.000.000,00 (cento e setenta milhões de reais), no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias, sob pena de convolação da recuperação judicial em falência, ficando a cargo do comitê de credores aprovar os termos e condições da venda.

Após longas negociações com vários pretendentes, foi oferecida proposta pela empresa *BHG S/A Brazil Hospitality Group*, no valor total de R$ 184.000.000,00 (cento e oitenta e quatro milhões), sendo R$ 170.000.000,00 à vista; R$ 10.000.000,00 condicionados à resolução do contrato de locação no prazo de 24 meses e sem o pagamento de qualquer multa à locatária; e R$ 4.000.000,00 destinados à intermediadora do negócio. A proposta foi aprovada pelos credores, formalizando-se promessa de compra e venda, sob condições, em 26.8.2010, submetida ao Juízo para homologação.

Não convencida a Juíza de que a proposta apresentada seria a melhor, determinou a realização de leilão, decisão que desafiou três agravos de instrumento, providos pela 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro para afastar a realização do leilão e homologar o negócio feito pela recuperanda, mantido o depósito judicial dos alugueres devidos. O julgamento ocorreu em sessão realizada no dia 6.7.2011. Foi, então, lavrada escritura de compra e venda com a segunda recorrida, *Melongena Empreendimento 1 Ltda.*, pertencente ao grupo econômico da BHG.

Em 29.8.2011, a ora recorrente, locatária do imóvel, peticionou nos autos da recuperação judicial, depositando o valor de R$ 180.000.000,00 (cento e oitenta milhões de reais) e requerendo seu direito de preferência com esteio na Lei n. 8.245/1991, o que foi aceito pelo juízo, dando ensejo a agravo de instrumento (0000564-57.2012.8.19.0000), provido pelo TJ-RJ em acórdão assim ementado:

> 1) Veplan. Recuperação Judicial. Venda direta do único imóvel de propriedade da recuperanda, em cumprimento ao plano aprovado pelo Comitê de Credores e homologado pelo Juízo. Faculdade prevista no art. 145, da Lei n. 11.101/2005. Ato ratificado em segundo grau. 2) Imóvel alienado que se achava locado a terceiro. Ausência de notificação prévia pela

locadora. Direito de preferência. Art. 27, Lei n. 8.245/1991. 3) Venda realizada por decisão judicial, isto que afasta o alegado direito de preferência. Art. 32, da Lei do Inquilinato. Antecedentes doutrinários. 4) Ademais, a locatária restou ciente do ato de forma prévia e inequívoca, há mais de um ano, não fazendo uso do direito ora alegado no prazo legal de 30 (trinta) dias, previsto no art. 28, da Lei de Locações, preferindo ficar "*no escorregadio terreno das vagas insinuações de que se interessava pela preferência*". *Dormientibus non succurrit jus*. 5) Não tendo havido "*preterição*", não incide a regra do art. 33, da Lei n. 8.245/1991. 6) O conteúdo social do direito de preferência, no caso a proteger o fundo de comércio, impede o seu reconhecimento em prol de quem noticia que irá alienar o imóvel locado. Desvio de finalidade do instituto. 7) Recurso provido, para manter íntegra a alienação já efetivada e indeferir o direito de preferência pretendido pela locatária.

Foram oferecidos embargos de declaração, apontando-se a presença de obscuridade, contradição e omissão no julgado. Ditos aclaratórios foram conhecidos e providos sem efeitos infringentes. O acórdão recebeu a seguinte ementa:

1) Veplan. Recuperação Judicial. Venda direta do imóvel e direito de preferência da locatária. Embargos de declaração. 2) O simples fato de se ratificar acórdão anterior, que versava matéria diversa, não configura obscuridade, mormente se a nova decisão de primeiro grau, implicitamente, veio a revogar aquele acórdão. 3) Não configura (*sic*) contradição as assertivas de que houve "*venda direta*" e "*venda por decisão judicial*". Uma não afasta a outra. Outrossim, em se tratando de "*venda por decisão judicial*", afastado fica o direito de preferência do locatário, o qual, mesmo que assim não fosse, deixou decorrer ***in albis*** o prazo para o seu exercício. 4) Documento em que está declarado, expressamente, a intenção de futura alienação do imóvel. Omissão inexistente. 5) Ao contrário do afirmado, houve manifestação expressa sobre a melhor oferta da embargante, fato tido como irrelevante, no caso dos autos. 6) Desde o momento em que os alugueres passaram a ser monitorados pelo juízo da recuperação, o contrato passou a ficar sujeito ao processo respectivo. 7) Apesar de ausentes os defeitos apontados,mas a fim de evitar novos embargos, ficam esclarecidos (*sic*), ponto a ponto, as questões suscitadas. 8) Conhecimento e provimento do recurso, sem modificação do julgado.

Sobreveio a interposição do presente recurso especial, com amparo na alínea **a** do permissivo constitucional, em cujas razões se aponta violação dos arts. 27, 28, 32 e 33 da Lei n. 8.245/1991; arts. 47, 49, § 2º, 119, VII, 142, 144 e 145 da Lei n. 11.101/2005; arts. 121, 125, 186 e 188 do Código Civil; e arts. 468, 469 e 535, I e II, do CPC.

A recorrente sustenta ser equivocada a afirmação de que se tratou de venda por decisão judicial, e não de venda direta, a justificar o afastamento de seu direito de preferência garantido pela Lei das Locações. Alega que o negócio jurídico entabulado entre a BHG e a VEPLAN decorreu, única e exclusivamente, da manifestação de vontade de ambas, que negociaram sozinhas o conteúdo do negócio, que possui natureza contratual. Aduz que, na venda judicial, inexiste manifestação de vontade do proprietário e o procedimento de alienação é público, o que possibilita ao locatário, havendo interesse, participar do certame.

Argumenta, com base em pareceres subscritos pelos juristas FÁBIO ULHOA COELHO e RUY ROSADO AGUIAR, que a alienação feita em decorrência do plano de recuperação nunca é judicial, haja vista a impossibilidade de tal plano conter cláusula *contra* ou *a despeito* da vontade do devedor recuperando. Nesse contexto, havendo possibilidade de escolha pelo devedor, necessário observar o direito de prelação, que somente é afastado pelo art. 32 da Lei n. 8.245/1991 por não poder ser imposto ao juiz.

No caso, sustenta que ficou totalmente alijada do processo de venda do imóvel, negociado diretamente entre as empresas BHG e a VEPLAN e sem nenhuma publicidade, o que resulta na afronta aos arts. 27, 32 e 33 da Lei n. 8.245/1991.

A violação dos arts. 142, 144 e 145 da Lei n. 11.101/2005 decorre da equivocada compreensão que transforma a homologação judicial do plano deliberado pelas partes envolvidas na recuperação em ordem judicial que impõe ato expropriatório, quando, na verdade, o Poder Judiciário "*não impôs, não forçou, não obrigou a recuperanda alienar o Hotel*".

Prossegue a recorrente apontando afronta aos arts. 468 e 469, I, do CPC, na medida em que as decisões judiciais anteriores, invocadas pelo aresto recorrido para asseverar que a venda efetivada teria sido ratificada por decisão transitada em julgado, nada dispuseram sobre o aqui pretendido direito de preferência. Ao contrário, apenas afirmaram a possibilidade de venda direta do hotel, independentemente de leilão, além de fazer constar em sua fundamentação a natureza contratual daquela transação.

A parte defende a ocorrência de contrariedade ao art. 47 da Lei n. 11.101/2005 ao se desprezar a proposta mais vantajosa por ela oferecida, que propôs valor superior em 10 milhões de reais, independentemente de qualquer condição.

Da mesma forma, entende violados o § 2º do art. 49 e o inciso VII do art. 119 da Lei n. 11.101/2005, porquanto o processo de recuperação judicial não interfere na relação locatícia celebrada entre a *Nova Riotel* e a VEPLAN.

A recorrente indica também afronta aos arts. 186 e 188 do Código Civil, pois jamais agiu com abuso do direito, não sendo verdadeiro que pretenda vender o imóvel em seguida, o que caracterizaria desvio de finalidade do instituto, segundo o

aresto recorrido. Afirma que pretende proteger seu fundo de comércio (já administra o hotel há 15 anos) e não irá alienar o imóvel, mas apenas refinanciá-lo.

Insurge-se ainda contra a decadência do exercício de seu direito, apontando infringência ao art. 28 da Lei de Locações e aos arts. 121 e 125 do Código Civil. Alega que não se poderia contar o prazo da juntada aos autos da ação de recuperação judicial da promessa de compra e venda celebrada entre a BHG e a VEPLAN, porquanto o negócio jurídico continha cláusulas suspensivas, entre elas, a autorização e homologação do contrato pelo juiz, não estando ainda confirmadas as condições e termos da transação, de modo que pudesse exercer seu direito de preferência. Tão logo tomou conhecimento da decisão proferida pelo Tribunal de origem que validou a possibilidade de venda direta, manifestou sua adesão a ela em termos ainda mais vantajosos.

Por fim, salienta que, conquanto tenha formalmente acolhido os embargos de declaração, o Tribunal *a quo* deixou, na prática, de sanar os vícios apontados, razão da apontada afronta ao art. 535, I e II, do CPC.

A recorrente ajuizou medida cautelar no Tribunal *a quo*, tendo sido conferido efeito suspensivo ao recurso.

A BHG e a *Melongena*, por sua vez, ajuizaram medida cautelar no STJ, com pedido de contracautela, que foi indeferido por decisão da lavra do Ministro Massami Uyeda (MC n. 19.949-RJ, DJe de 26.9.2012).

Foram apresentadas contrarrazões pela BHG e *Melongena* (e-STJ, fls. 653-686); pela VEPLAN (e-STJ, fls. 688-696); por *Alexandre da Silva Barcelos*, representante dos credores trabalhistas (e-STJ, fls. 697-702); e por *Fácil Factoring - Assessoria, Comércio e Importação Ltda.* (e-STJ, fls. 703-706). Em síntese, as recorridas sustentam a incidência do óbice das Súmulas n. 5 e 7 do STJ e a falta de prequestionamento dos arts. 121 e 125 do CC e 468 e 469 do CPC. No mérito, defendem o acerto do aresto recorrido.

A Procuradoria de Justiça do Estado ofereceu parecer (e-STJ, fls. 709-717), opinando pela admissão parcial do recurso especial no tocante à suposta violação dos arts. 28 da Lei n. 8.245/1991; 142, 144 e 145 da Lei n. 11.101/2005; e 121, 125, 186 e 188 do Código Civil.

Em juízo de prelibação, foi o recurso admitido, reconhecendo-se que as teses recursais envolvem questões estritamente jurídicas, devidamente prequestionadas, vindo os autos ao Superior Tribunal de Justiça.

Distribuído o feito ao Ministro *Ricardo Villas Bôas Cueva*, S. Exa. determinou a abertura de vista ao Ministério Público Federal.

Em seu parecer, o representante do *parquet*, o Subprocurador-Geral *Maurício de Paula Cardoso*, suscita preliminar de redistribuição do feito a mim por força do previsto no art. 71 do RISTJ; no mérito, opina pelo parcial provimento do recurso, a fim de se reconhecer o direito de preferência da ora recorrente. Não sendo esse o entendimento da Turma, propõe a "*apresentação das propostas para que os credores decidam qual a mais vantajosa e benéfica aos fins almejados na recuperação*".

Acolhida a preliminar, vieram-me os autos conclusos para exame.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro João Otávio de Noronha (Relator): Cinge-se a controvérsia trazida a exame desta Corte em definir se o direito de preferência previsto no art. 27 da Lei n. 8.245/1991 (Lei das Locações) tem aplicação na hipótese de a alienação do imóvel locado ocorrer no bojo do plano de recuperação judicial da locadora, homologado pelo Poder Judiciário.

A juíza de primeiro grau reconheceu o direito de preferência da locatária *Nova Riotel*, ora recorrente, por entender tratar-se de venda direta e privada, meramente homologada pelo juízo nos termos do art. 145 da Lei n. 11.101/2005 (Lei de Recuperação de Empresas - LRE). Tal circunstância afastaria a incidência do art. 32 da Lei n. 8.245/1991 (que exclui o direito de preferência nos casos de venda por decisão judicial, entre outras hipóteses). Salientou que o exercício do direito de preferência foi tempestivamente manifestado e que a oferta apresentada superou aquela formulada pela empresa BHG em R$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais), pagos sem nenhuma condicionante, de modo que não haveria nenhum prejuízo para os credores, muito pelo contrário.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro reformou a decisão. Entendeu que a venda, ainda que realizada diretamente pelos interessados, foi "por decisão judicial", expressão contida no art. 32 da Lei das Locações que não se restringe às hipóteses de leilão ou praça.

Ponderou que, mesmo se existente o direito de preferência, não foi ele exercido no prazo legal de 30 dias a que alude o art. 28 da referida lei, o que afasta a incidência do art. 33 subsequente.

Considerou, ademais, que o anúncio público da locatária alusivo à alienação do imóvel configura desvio de finalidade do instituto da preferência, configurando o abuso de direito previsto no art. 186 do Código Civil.

O Tribunal *a quo* asseverou que a venda à empresa BHG foi ratificada por decisão judicial transitada em julgado, de modo que não poderia ser afastada por decisão posterior.

Por fim, considerou irrelevante que a oferta da locatária fosse mais vantajosa: primeiro, por não se tratar de leilão; segundo, por sua intempestividade.

Consigno, de início, a falta de prequestionamento dos arts. 47 e 144 da Lei n. 11.101/2005 e 469 do CPC, a obstar a admissibilidade do recurso especial quanto às matérias neles versadas.

No mais, merece conhecimento o apelo extraordinário, tendo em vista que as questões jurídicas foram satisfatoriamente prequestionadas pelo aresto recorrido, não sendo necessário, para seu julgamento, o reexame de cláusulas contratuais ou de quaisquer outros aspectos fáticos que não aqueles já expressamente delineados pelas instâncias de origem. Considero ainda que a recorrente se desincumbiu do ônus de impugnar todos os fundamentos do aresto recorrido.

Passo ao exame destacado das proposições trazidas pela recorrente.

I - Violação do art. 535, I e II, do CPC

Sustenta a recorrente que o acórdão impugnado incorreu em contradição ao reconhecer tratar-se de venda direta, tal como afirmado em julgado anterior do mesmo órgão colegiado, que ratificou expressamente, e, por outro lado, ao afirmar que a venda foi por decisão judicial.

Ao apreciar os embargos declaratórios oferecidos pela ora recorrente, o Tribunal de origem afastou a existência de contradição, afirmando que "*o fato de a venda ter sido feita de forma direta não quer dizer que não tenha sido por decisão judicial, pois uma não afasta a outra*".

Com efeito, basta pensar na hipótese da alienação por iniciativa particular, prevista no art. 685-C do CPC. Nela, observa-se, apenas, um grau maior de privatização da tarefa de intermediar a alienação, mantendo-se a essência pública do ato expropriatório executivo. É quanto basta para afastar a alegada contradição.

A recorrente aponta também omissão quanto aos fundamentos relativos à decadência. Isso porque o Tribunal *a quo* não teria analisado as circunstâncias fáticas alusivas ao fato de a proposta apresentada pela BHG não ter sido homologada pela magistrada de primeiro grau e às condições suspensivas previstas no negócio.

Em sede de aclaratórios, o Tribunal afastou a apontada omissão quanto ao exame das condições suspensivas inseridas na promessa de compra e venda formulada pela BHG, porquanto havia considerado que, "*com a apresentação daquele documento nos autos, contendo todas as condições do negócio, inclusive as suspensivas, estava ela ciente de forma prévia e inequívoca e apta a fazer sua proposta de forma expressa*". Portanto, mesmo reconhecendo a presença de condições suspensivas, concluiu que o documento era hábil a fornecer à locatária o conhecimento de todos os elementos do negócio. Não procede, pois, a alegação de omissão.

Assim, rejeito a preliminar.

II - Violação dos arts. 27, 32 e 33 da Lei n. 8.245/1991 e dos arts. 142 e 145 da Lei n. 11.101/2005 - Direito de preferência do locatário na alienação do imóvel decidida no bojo do plano de recuperação judicial da locadora

A ofensa aos dispositivos destacados, na visão da recorrente, decorre da equivocada qualificação do negócio jurídico celebrado entre a BHG e a VEPLAN como sendo uma venda por decisão judicial, ao invés de uma venda direta.

Sustenta que o contrato celebrado entre ambas decorreu, única e exclusivamente, de manifestação de vontade, visto que negociaram sozinhas o conteúdo do negócio, que possui natureza contratual. Aduz que, na venda judicial, inexiste manifestação de vontade do proprietário e o procedimento de alienação é público, o que possibilita ao locatário, havendo interesse, participar do certame.

Argumenta, com base em pareceres subscritos pelos juristas FÁBIO ULHOA COELHO e RUY ROSADO AGUIAR, que a alienação feita em decorrência do plano de recuperação nunca é judicial, haja vista a impossibilidade de tal plano conter cláusula *contra* ou *a despeito* da vontade do

devedor recuperando. Nesse contexto, havendo possibilidade de escolha pelo devedor, necessário observar o direito de prelação, que somente é afastado pelo art. 32 da Lei n. 8.245/1991 por não poder ser imposto ao juiz.

No caso, sustenta que ficou totalmente alijada do processo de venda do imóvel, negociado diretamente entre as empresas BHG e a VEPLAN e sem nenhuma publicidade.

O instituto da recuperação judicial tem como mola mestra o plano de recuperação, cujo conteúdo deixou o legislador a cargo do próprio devedor para negociação com seus credores. Daí se afirmar que a recuperação judicial não tem caráter litigioso, resumindo-se a atividade jurisdicional à de homologação da vontade dos credores e do devedor, desde que observados os limites estabelecidos pela Lei n. 11.101/2005 e demais requisitos de validade dos atos jurídicos em geral.

Colhe-se do magistério de ALBERTO CAMIÑA MOREIRA:

> Negociação é a palavra chave; e essa negociação, conquanto se dê perante o Poder Judiciário, dá-se sem a intervenção do juiz. A lei não prevê a atuação jurisdicional para esse fim; muito embora o juiz brasileiro disponha de poderes gerais de conciliação, e ela seja mesmo muito enfatizada pela doutrina processualista.
>
> Os credores, depois de conhecerem o plano, reúnem-se em assembleia para a discussão; o administrador judicial, presidente da assembleia, representante do Estado, não conta com previsão legal para interferência na discussão sobre o conteúdo do plano apresentado. A temática pertence aos credores. (PAIVA, Luiz Fernando Valente de (coord.). *Direito falimentar e a nova lei de falências e recuperação de empresas*. Capítulo 7: Poderes da assembleia de credores, do juiz e atividade do Ministério Público. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 249-250.)

Pontue-se ainda que, na recuperação judicial, o devedor permanece na administração de seus bens e da atividade empresarial (art. 64 da LRE), competindo ao administrador judicial apenas o dever de fiscalizar os atos. Ainda que se observe certa restrição a determinados poderes, como o de alienar ou onerar bens do ativo permanente, fato é que a própria lei excepciona dessa restrição aqueles bens contemplados no plano de recuperação (art. 66 da LRE). Além disso, não há arrecadação de ativos.

Nessa quadra, não me parece acertado afirmar que a venda do imóvel em questão tenha-se dado por decisão judicial, no sentido a que alude o art. 32 da Lei das Locações.

Efetivamente, a proposta de venda do imóvel para viabilizar o plano de recuperação partiu da empresa devedora e foi aprovada pela assembleia de

o

"venda por decisão judicial", inserta no art. 32 da Lei das Locações como hipótese de exceção ao direito de preferência previsto no art. 27 abrange aqueles casos em que a alienação do bem decorre da vontade soberana do Estado, seja no bojo de uma execução forçada, seja no bojo de um procedimento de jurisdição voluntária, porém decorrente de uma exigência legal.

Nessa mesma linha de entendimento, colhe-se o seguinte trecho do parecer do professor SYLVIO CAPANEMA DE SOUZA colacionado aos autos pelas ora recorridas, nada obstante o parecerista chegue a conclusão distinta da que se adota no presente voto:

> O art. 32 da Lei n. 8.245/1991 dispõe que o direito de preferência não alcança os casos de perda da propriedade ou venda por decisão judicial, permuta, doação, integralização de capital, cisão, fusão e incorporação.
>
> Na primeira hipótese, da perda da propriedade, em casos como o usucapião, ou de venda por decisão judicial, justifica-se a exceção pelo fato da alienação não traduzir voluntariedade do alienante-locador, não sendo sua a iniciativa do negócio jurídico (e-STJ, fl. 269).

Ora, é exatamente a hipótese de que se cuida. Aqui, repita-se, não há falar em exigência ou determinação do juiz ou da lei para a alienação do imóvel. Na recuperação judicial, o conteúdo do plano de recuperação é fruto de proposição do próprio devedor, negociada com seus credores.

Essa é a conclusão que se colhe, igualmente, da seguinte passagem do parecer da lavra do professor FÁBIO ULHOA COELHO transcrito pela recorrente em suas razões recursais e que trago à colação:

> 80. ***Mas, na recuperação judicial, a alienação de bens feita em decorrência do plano de reorganização, nunca é judicial.*** Exatamente por não se tratar de qualquer expropriação. O plano de reorganização não pode conter nenhuma cláusula *contra* ou *a despeito* da vontade do devedor recuperando. Se ele prevê a alienação de qualquer bem do devedor, ele necessariamente concordou com a medida, seja por tê-la proposto quando apresentou o plano (LF, art. 53), seja por ter assentido com mudanças aprovadas no âmbito da assembleia de credores (LF, art. 56, § 3º).

[...]

83. ***Não é, portanto, judicial a venda de bens tão apenas pela circunstância de decorrer de plano de reorganização de empresa, a despeito de ter sido aprovado pela assembleia de credores e homologado pelo juiz.***

84. Mas ainda que se considere ter a mera homologação, pelo juiz, do plano (ou a aprovação da venda pelo Tribunal) convertido em judicial a alienação, ainda assim não incidiria a norma excepcional do art. 32 da Lei n. 8.245/1991.

85. Isto porque esta norma excepciona o direito de preferência do locatário no caso de "perda da propriedade ou venda por decisão judicial".

86. A venda de qualquer bem numa recuperação judicial *nunca* decorre de decisão judicial. Decorre, *sempre*, de decisão do titular do bem, isto é, do devedor recuperando, em entendimentos com seus credores.

[...]

90. Em suma, o negócio jurídico não é, nem nunca foi ou será, uma venda *por decisão judicial*. A homologação do plano pelo juiz ou mesmo a aprovação do contrato pelo Tribunal não importou, em nenhum momento, em substituição dos sujeitos diretamente interessados pelo Poder Judiciário, no que diz respeito a quem tomou a *decisão* de vender (grifos do original).

O próprio Tribunal *a quo* reconhece a natureza contratual do plano de recuperação e ressalva que o exame judicial posterior à homologação está adstrito às formalidades legais, e não ao mérito da deliberação, a evidenciar que a decisão pela venda e as condições do negócio refogem ao âmbito de decisão do juiz. É o que se extrai de passagem do acórdão recorrido, que ratifica e transcreve ementa de julgado anterior do mesmo órgão colegiado em que se cassou decisão de primeira instância que determinava a realização de leilão por entender o juízo singular que a proposta apresentada pela BHG, dadas todas as suas condicionantes, não representava a melhor solução para a recuperanda e a comunidade de credores, *in verbis*:

10) Ademais, a empresa recuperanda não perdeu a sua personalidade jurídica ou a gerência do seu negócio, o qual apenas passou a ser supervisionado pelo Administrador Judicial, daí que estava ela autorizada a alienar o bem previamente relacionado no plano de recuperação judicial (art. 66, da lei de regência). 11) A deliberação dos credores, homologada pelo juízo, tem natureza contratual e deve prevalecer, inexistindo justificativa para a realização de leilão ou para a negativa de

> BHG S/A Brazil Hospitality Group, ressaltado que o exame judicial posterior à homologação do plano deve se ater às formalidades legais e não ao mérito da deliberação, a qual, se não violar a lei, deve ser tida como válida.

Considere-se, ademais, que a modalidade de venda direta aqui realizada encontra respaldo no art. 145 da Lei n. 11.101/2005. Tal dispositivo possui redação cogente no sentido de determinar sua homologação pelo juiz quando aprovada pela assembleia geral de credores, o que não tem o condão de transformar a venda direta em venda por decisão judicial.

Em conclusão, não se configurando a hipótese excludente prevista no art. 32 da Lei de Locações, foi violado o art. 27 do mesmo diploma legal em razão da inobservância do direito de preferência da locatária.

III - Violação dos arts. 49, § 2°, e 119, VII, da Lei n. 11.101/2005 - Contrato de locação e recuperação judicial

Argumenta a recorrente que o aresto objurgado afrontou os dispositivos em epígrafe ao considerar que a homologação do plano de recuperação judicial, com a previsão de venda do imóvel, teria o condão de suprimir seu direito de preferência assegurado pela Lei das Locações.

Colaciona trecho do parecer da lavra do Professor FÁBIO ULHOA COELHO a seguir transcrito:

> 74. ***Como a recuperação judicial não importa a requalificação do contrato de locação em que o devedor é locador, o direito de preferência titulado pelo locatário não é prejudicado ou restringido. Permanece íntegro - existente, válido e eficaz.***
>
> 75. Quando os credores da Veplan aprovaram a venda do Imóvel em AGC, esta aprovação não importou nenhuma restrição, suspensão ou neutralização do direito de preferência da consulente. Em igualdade de condições, ela tem o direito de adquirir o Imóvel locado, nos termos do art. 27 da Lei n. 8.245/1991 (grifos do original).

Com efeito, inexiste incompatibilidade entre o regime de recuperação judicial e o regime de locação, ao menos em princípio. Tanto é assim que o § 2° do art. 49 da Lei n. 11.101/2005 estabelece:

> As obrigações anteriores à recuperação judicial observarão as condições originalmente contratadas ou definidas em lei, inclusive no que diz respeito aos encargos, salvo se de modo diverso ficar estabelecido no plano de recuperação judicial.

No caso, o plano de recuperação, segundo o delineamento fático firmado pelas instâncias de origem, não estabeleceu nenhum procedimento diverso da forma e modo de aplicação do contrato de locação.

Dessa forma, ainda que tenha sido determinado o depósito judicial dos aluguéis, essa circunstância não tem o condão de afastar as condições pactuadas no contrato de locação e o direito de preferência previsto na lei de regência.

No que tange ao art. 119, VII, da Lei n. 11.101/2005, segundo o qual a falência do locador não resolve a locação, não vislumbro aplicação ao presente caso.

IV - Violação do art. 28 da Lei n. 8.245/1991 e dos arts. 121 e 125 do CC - Decadência do direito de preferência

Reconhecido o direito de preferência da recorrente, importa analisar a ocorrência ou não de transcurso do prazo decadencial.

Neste ponto, o Tribunal *a quo* entendeu que se operou a decadência com base na seguinte fundamentação:

> [...] Com efeito, desde a apresentação nos autos do compromisso firmado entre a VEPLAN e a BHG, tem a locatária plena ciência de todas as condições do negócio, principalmente preço e condições de pagamento, certo que o dispositivo legal referido reza que basta qualquer "*outro meio de ciência inequívoca*" para que se visse atendida a exigência legal.
>
> Porém, mesmo ciente do negócio e dos seus termos, de forma prévia e inequívoca, vez que acompanha todo o processamento da recuperação, inclusive comparecendo às assembleias de credores, preferiu ela, como diz Sylvio Capanema de Souza, permanecer, "*desde 2008, no escorregadio terreno das vagas insinuações de que se interessava pela preferência, mas sem que adotasse posição inequívoca, oferecendo pelo menos o valor mínimo arbitrado*", isto que só veio a fazer mais de um ano depois. Aplicável o famoso brocardo latino *dormientibus non succurrit jus*.

Em sede de embargos declaratórios, acrescentou:

> Não se há de falar, ainda, em omissão quanto à alegação da embargante de que o prazo para o exercício do seu direito de preferência só teria início quando homologado o contrato feito entre a VEPLAN e a BHG, diante das condições suspensivas nele inseridas. Ora, o acórdão é bastante claro quando diz que, admitindo a existência de tal direito, "*a **Nova Riotel** não fez dele uso no prazo legal de 30 (trinta) dias, conforme previsto no art. 28, da Lei do Inquilinato*", vez que, com a apresentação daquele documento nos autos, contendo todas as condições do negócio, inclusive as suspensivas,

estava ela ciente de forma prévia e inequívoca e apta a fazer sua proposta de forma expressa.

Insurge-se a recorrente contra a contagem do prazo decadencial a partir da juntada aos autos da promessa de compra e venda celebrada entre a VEPLAN e a BHG. Alega que o negócio jurídico continha cláusulas suspensivas, entre as quais a da prévia homologação judicial, de modo que não estavam ainda confirmadas as condições e termos da transação para que pudesse exercer seu direito de preferência. Aduz que, tão logo tomou conhecimento da decisão proferida pelo Tribunal de origem que validou a promessa de compra e venda, manifestou sua adesão a ela em termos ainda mais vantajosos.

O exame da matéria pelo Superior Tribunal de Justiça está condicionado à base empírica fornecida pelas instâncias de origem.

A decisão de primeiro grau, ao afastar a decadência, traçou o seguinte delineamento fático:

> Todavia, em 2008 o locatário teve ciência da possibilidade de alienação do imóvel objeto da locação, pendente de apreciação e deliberação pela Assembleia de Credores. Então, em 15.10.2008 o locatário compareceu aos autos, referindo se ao novo plano apresentado como inovação para pagamento dos créditos, que seria auferido com a venda do imóvel, afirmando ser titular do direito de preferência e alertando para o fato de que na hipótese de venda direta, deveria ser observado tal direito na forma em que previsto no artigo 27 da Lei de Locações.
>
> Razão pela qual não há dúvida de que o locatário manifestou de forma clara o seu interesse em exercer o direito de preferência assegurado pela Lei Especial. Direito este que não poderia ser efetivado naquele momento, porque não se encontravam preenchidos os demais requisitos para a realização do negócio, quais sejam, condições de venda, preço, forma de pagamento e demais elementos e informações necessários e indispensáveis, conforme previsto no parágrafo único do artigo 27 da Lei das Locações.
>
> Na verdade, nunca existiu a comunicação de que trata o parágrafo único do artigo 27 da Lei Especial. No entanto, tendo em vista que o locatário tomou ciência de que a venda se faria de forma direta e manifestou seu interesse em exercer o seu direito de preferência legalmente protegido, deve ser examinado em que momento estavam disponíveis os dados e informações de que trata o parágrafo único do artigo 27 da Lei de Locações, de forma a possibilitar ao locatário a apresentação de proposta para o exercício do direito.

[...]

Daí que em 18.8.2008, quando se cogitou a venda direta na apresentação do novo plano de recuperação pela VEPLAN à assembleia de credores, cf. fls. 2.471- 2.474, a locatária *Nova Riotel*, se manifestou nos autos invocando seu direito de preferência à aquisição do imóvel e requerendo que o mesmo fosse observado (fls. 2.977-2.980).

Em 29.4.2009 foi deliberado pela Assembleia Geral de Credores a aprovação do plano de recuperação, com autorização de venda do único imóvel da recuperanda pelo valor mínimo de R$ 170.000.000,00, cf. fls. 3.119-3.124.

Ocorre que naquele momento não estavam delineados os termos e condições de eventual negociação de compra e venda, a possibilitar o efetivo exercício do direito de preferência, com apresentação de proposta pelo locatário e eventual pagamento do preço. E, sequer se conhecia o preço da transação, porque a assembleia de credores fixou apenas valor mínimo (R$ 170.000.000,00), que obviamente poderia não corresponder ao valor final da venda, como ocorreu. Tendo em vista que o valor final alcançado foi de R$ 180.000.000,00, embora o pagamento de parte de tal valor (R$ 10.000.000,00) esteja sujeito a condição suspensiva.

Razões pelas quais se mostrava impossível o exercício do direito de preferência, com depósito do preço. Com a ressalva de que, ainda, poderia ocorrer a comunicação do artigo 27 da Lei n. 8.245/1991.

Em 3.9.2010 o Comitê de Credores aprovou por maioria a venda do imóvel à BHG, nos termos e condições de fls. 3.782-3.788. No mesmo ato houve ressalva dos credores EMGEA e BNDES "***quanto a necessidade do referendo da Assembleia Geral de Credores***" (fls. 3.816-3.817).

O Administrador Judicial informou que "***submeteria ao Juízo pedido de avaliação acerca de necessidade de elevação da matéria decidida à Assembleia Geral***" (fls. 3.817). Tendo a credora EMGEA acrescido que "***se o Administrador não adotar tal procedimento, a Empresa avaliará a viabilidade de fazê-lo, com a finalidade exclusiva de referendar a decisão***" (fls. 3.817).

Por conseguinte, constata-se que naquela oportunidade, tampouco estavam definidas as condições da venda, diante do impasse quanto a necessidade do negócio ser submetido à Assembleia Geral de Credores. O que poderia implicar em alteração das condições da venda pelos credores. Ademais diante das condições existentes. Ou seja, a venda ainda

não se encontrava entabulada em definitivo quanto as suas condições e termos de forma a permitir ao locatário o exercício da preferência propriamente com apresentação de proposta e eventual "pagamento ou depósito do preço".

Assim, submetida a questão ao juízo foi prolatada a decisão de fls. 4.384-4.394 determinando a realização de leilão judicial para a alienação do imóvel.

Interpostos recursos de agravos de instrumento contra tal decisão, os mesmos restaram providos para reconhecer válida a venda direta com aprovação do Comitê de Credores, por delegação da Assembleia Geral de Credores. Tudo conforme acórdãos de fls. 5.340-5.370 da 4ª Egrégia Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, da lavra do Desembargador Paulo Maurício Pereira.

Então, a partir da publicação dos referidos acórdãos é que, efetivamente, foi possível a plena certeza quanto a realização da compra e venda e seus termos e condições, tendo o locatário no prazo previsto no artigo 28 da Lei das Locações exercido seu direito de preferência (fls. 5.146-5.152).

Verifica-se, portanto, que o acórdão recorrido considerou que a juntada aos autos da oferta apresentada pela BHG configurou-se como o momento da ciência inequívoca pela locatária de todas as condições do negócio, inclusive as suspensivas, tendo em vista que acompanha todo o processamento da recuperação, comparecendo às assembleias de credores.

Por sua vez, da decisão de primeira instância se extrai que, no mesmo ato de aprovação da proposta pelo comitê de credores, portanto, antes mesmo de sua juntada aos autos, houve ressalva tanto do administrador judicial quanto dos credores EMGEA e BNDES no sentido de submeter a proposta à assembleia geral de credores.

Se assim é, parece-me acertado o entendimento da magistrada de primeiro grau no sentido de não se poder considerar já perfeitamente definidas todas as condições do negócio, como exige o parágrafo único do art. 27 da Lei n. 8.245/1991.

Se a locatária acompanhava todo o processamento da recuperação, como asseverado pelo Tribunal *a quo*, é de se presumir que tivesse conhecimento das ressalvas apresentadas pelo administrador judicial e pelos credores EMGEA e BNDES, no sentido de submeter a proposta à assembleia geral de credores, a qual, ao menos em tese, poderia alterar as condições antes previstas, conforme autoriza a alínea **a** do inciso I do art. 35 da Lei n. 11.101/2005. Portanto, não era possível, naquele momento, considerar como definitivas as condições então apresentadas para o negócio.

Tanto não eram definitivas que nem sequer houve homologação judicial, sobrevindo decisão que determinou a realização de leilão. Por conseguinte,

enquanto não reformada essa decisão pelo Tribunal *a quo*, a expectativa era a de que o imóvel fosse alienado em leilão, do qual poderia a locatária participar ante a publicidade de que se reveste.

Todavia, tendo o Tribunal reformado aquela decisão para validar a venda direta nas condições já informadas, então é a partir desse momento que se pode considerar teve a locatária ciência inequívoca de todas as condições definitivas do negócio para poder exercer seu direito de preferência, o que fez no prazo legal.

Faço o registro de que não era exigível da locatária que tomasse a iniciativa de apresentar proposta de compra do imóvel a partir do momento em que tomou ciência da intenção de sua venda para viabilizar o plano de recuperação judicial da locadora, nem mesmo a partir do momento em que fixado o valor mínimo. É que o direito de preferência que lhe assegura a Lei das Locações não impõe que se adiante, mas apenas que manifeste seu interesse em igualar uma proposta concreta e definitiva apresentada por terceiro.

A partir da moldura fática estabelecida pelas instâncias de origem, entendo que a recorrente, desde quando tomou conhecimento de que haveria uma venda direta do imóvel, manifestou interesse em exercer seu direito de preferência, vindo a concretizá-lo assim que perfectibilizada a proposta de terceiro. Não há nenhuma atitude reprovável por parte da locatária.

Considero, portanto, que o aresto recorrido violou o art. 28 da Lei n. 8.245/1991 ao reconhecer a decadência quando, na verdade, ela não se operou.

V - Violação dos arts. 186 e 188 do CC - Desvio de finalidade do instituto da preferência

Ainda que se reconheça presente o direito de preferência da locatária e se afaste a decadência, impõe-se examinar a prevalência ou não de outro fundamento utilizado pela Corte de origem para afastar a pretensão da recorrente.

Consta do acórdão recorrido que, ao anunciar a pretensão de vender o imóvel, a locatária teria exercido abusivamente seu direito de preferência, dissociando-o de sua função social.

A recorrente alega que irá apenas refinanciar o imóvel e que, tendo depositado em juízo, com recursos próprios, o montante de R$ 180 milhões, tal medida visa reduzir o impacto sobre seu caixa, permitindo-lhe proteger o fundo de comércio, não significando que pretenda abandonar o hotel que administra há 15 anos.

O Tribunal *a quo* vislumbrou o desvio de finalidade do instituto da preferência e o consequente abuso de direito ante o anúncio público feito pela locatária de que iria alienar o imóvel.

A assertiva ensejou o oferecimento de embargos declaratórios, nos quais a ora recorrente desafiou o Tribunal *a quo* a apontar em que documento ou prova amparou sua conclusão, dado que o único documento constante dos autos, à fl. 218, com tradução à fl. 219, falava em refinanciamento do imóvel.

Ao responder aos aclaratórios, a Corte de origem assim se pronunciou:

Também não há omissão quanto ao documento ou prova de que a embargante iria alienar o imóvel. Ele ou ela está às fls. 219, caracterizando, como afirmado, "*desvio ostensivo da finalidade do instituto da preferência*", isto que também foi ressaltado por Sylvio Capanema de Souza, "*inclusive enquadrando a situação na moldura do abuso de direito, previsto no art. 186, do Cód. Civil*".

Lá está escrito:

> "*Assim que concluída a operação, este ativo será refinanciado por intermédio de* ***um contrato de venda*** *& administração (...)*" (grifei) (grifos do original).

Inicialmente, cumpre salientar que a análise da presente controvérsia não encontra óbice no enunciado da Súmula n. 7-STJ.

Tendo o Tribunal *a quo* definido, de forma expressa, o conteúdo do documento de que extraiu sua conclusão quanto à qualificação jurídica da manifestação de vontade da parte e suas consequências, é possível o STJ, no exame do recurso especial, aferir a correção dessa qualificação jurídica atribuída ao fato já delimitado, o que configura questão de direito. Nesse sentido, o magistério de JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA em comentários à Súmula n. 279-STF, correspondente à Súmula n. 7-STJ, *in verbis*:

> 22. Quando, porém, se passa de semelhante averiguação à qualificação jurídica do fato apurado, mediante o respectivo enquadramento de determinado conceito legal, já se enfrenta questão de direito. Basta ver que, para afirmar ou para negar a ocorrência de tal ou qual figura jurídica, necessariamente se interpreta a lei. Interpretação é o procedimento pelo qual se determinam o sentido e o alcance da regra de direito, a sua compreensão e a sua extensão. Dizer que ela abrange ou não abrange certo acontecimento é, portanto, interpretá-la. Admitir a abrangência quando o fato não se encaixa na moldura conceptual é aplicá-la erroneamente a norma, como seria aplicá-la erroneamente não admitir a abrangência quando o fato se encaixasse na moldura conceptual. Em ambos os casos, viola-se a lei, tanto ao aplicá-la a hipótese não contida em seu âmbito de incidência, quando ao deixar de aplicá-la a hipótese nele contida.
>
> O controle da qualificação jurídica não é, pois, reexame de *quaestio facti*, que por esse motivo refuja à cognição do Supremo Tribunal no julgamento de recurso extraordinário. Como exatamente diz PONTES DE MIRANDA, Coment. cit. T. VIII, p. 84-5, a qualificação jurídica há de prender-se ao

'suporte fático' de alguma regra de direito; ora, 'se se atribui à regra jurídica suporte fáctico que não é o seu, nega-se a regra jurídica em sua extensão'. (*Temas de Direito Processual: segunda série*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 235-236.)

É o que se extrai, igualmente, dos seguintes precedentes desta Corte:

> *Processo Civil. Recurso especial. Reexame de prova.* "Não ofende o princípio da Súmula n. 7 emprestar-se, no julgamento do especial, significado diverso aos fatos estabelecidos pelo acórdão recorrido. Inviável é ter como ocorridos fatos cuja existência o acórdão negou ou negar fatos que se tiveram como verificados" (EREsp n. 134.108, DF, Relator o Ministro Eduardo Ribeiro, DJ de 16.8.1999). Agravo regimental não provido. (AgRg no Ag n. 938.626-SE, Terceira Turma, relator Ministro Ari Pargendler, DJe de 22.8.2008.)
>
> Direito Civil. Embargos declaratórios recebidos como agravo regimental em recurso especial. Princípio da fungibilidade e da economia processual. Previdência privada. Não incidência das Súmulas n. 5 e 7 do STJ. Auxílio cesta-alimentação. Contemplação apenas dos trabalhadores em atividade. Jurisprudência do STJ recurso repetitivo. Honorários advocatícios. Razoabilidade.
>
> 1. Não há violação aos enunciados das Súmulas n. 5 e 7 do Superior Tribunal de Justiça quando se realiza mera valoração jurídica dos fatos sobejamente delineados no acórdão recorrido.
>
> [...]
>
> 4. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, a que se nega provimento. (EDcl no REsp n. 1.335.223-RS, Quarta Turma, relator Ministro Luis Felipe Salomão, DJe de 16.5.2013.)

Trata-se, pois, de definir a correta qualificação jurídica da manifestação de vontade expressa no documento, cujo teor é incontroverso.

Pois bem, o Tribunal *a quo* qualificou a manifestação de vontade da locatária como representativa de sua mera intenção de vender o imóvel. Para tanto, pautou-se apenas pela parte do quanto por ela expressado, que cuidou de destacar.

Penso, com a devida vênia, que, para a correta qualificação jurídica da manifestação de vontade, deve a declaração feita pela parte ser considerada em todos os seus termos. E, dessa forma, constata-se que a ora recorrente manifestou o intento de *refinanciar* o imóvel mediante *contrato de venda e administração*.

Segundo o dicionário da língua portuguesa HOUAISS, a palavra *refinanciar* significa "*financiar outra vez; conceder novo empréstimo*". E a palavra "*financiar*" significa "*sustentar os gastos (de, com); prover o capital necessário para; custear, bancar*".

Nessa seara, foi equivocada a qualificação jurídica atribuída à manifestação de vontade externada pela parte. Primeiro, porque a ação verbal contida na manifestação – refinanciar –, longe de traduzir a ideia de alienação do bem, muito mais se aproxima à de um mecanismo para sua preservação. Segundo, porque o contrato por meio do qual a parte pretenderia perfectibilizar o refinanciamento não é meramente o de venda, mas o de venda e administração.

Se a manifestação de vontade externada pela locatária não é a de simplesmente vender o imóvel, desfazer-se do negócio, como entendeu o Tribunal *a quo*, mas, ao contrário, é de refinanciá-lo mediante contrato de venda e administração, não há o apontado desvio de finalidade, muito menos abuso de direito.

VI - Violação do art. 468 do CPC - Inexistência de coisa julgada

O Tribunal de origem adotou como mais um fundamento para afastar o direito de preferência invocado pela locatária a circunstância de que o negócio entabulado com a BHG fora ratificado por acórdão transitado em julgado, não podendo ser afastado por decisão posterior, ainda mais de primeiro grau.

A parte recorrente sustenta inexistir coisa julgada a impedir o exame de seu direito de preferência, na medida em que o acórdão anterior, mencionado pelo Tribunal *a quo*, apenas se limitou a afirmar a possibilidade de venda direta do hotel, independentemente de leilão.

O julgado anterior, invocado pelo Tribunal *a quo*, refere-se ao agravo de instrumento que desafiou a decisão judicial que deixou de homologar o negócio entre VEPLAN e BHG para determinar a realização de leilão. Da leitura da ementa transcrita ao longo do acórdão ora recorrido, extrai-se que a matéria ali enfrentada e decidida cingiu-se à validade da deliberação dos credores e à impropriedade de incursão do juízo no mérito, devendo o magistrado ater-se às formalidades legais e, não vislumbrando violação de lei, validar aquela deliberação. Concluindo, o Tribunal deu parcial provimento ao recurso para afastar a realização do leilão e homologar o negócio feito pela recuperanda.

Nenhuma alusão é feita à questão do direito de preferência da locatária, o que afasta a caracterização da coisa julgada, para cuja configuração é preciso que haja identidade de três elementos: partes, pedido e causa de pedir.

Conclui-se, portanto, que o fundamento adotado pela Corte de origem afronta o art. 468 do CPC.

VII - Conclusão

Ante o exposto, *conheço parcialmente do recurso e lhe dou provimento para reconhecer o direito de preferência da locatária.*

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.418.593-MS (2013/0381036-4)

Relator: Ministro Luis Felipe Salomão

Recorrente: Banco Bradesco Financiamentos S/A

Advogados: José Manoel de Arruda Alvim Netto e outro(s)
Eduardo Pellegrini de Arruda Alvim e outro(s)

Recorrido: Gerson Fernandes Rodrigues

Advogado: Sem representação nos autos

Interessado: Defensoria Pública da União - "Amicus Curiae"

Advogado: Defensoria Pública da União

EMENTA

Alienação fiduciária em garantia. Recurso especial representativo de controvérsia. Art. 543-C do CPC. Ação de busca e apreensão. Decreto-Lei n. 911/1969. Alteração introduzida pela Lei n. 10.931/2004. Purgação da mora. Impossibilidade. Necessidade de pagamento da integralidade da dívida no prazo de 5 dias após a execução da liminar.

1. Para fins do art. 543-C do Código de Processo Civil: "Nos contratos firmados na vigência da Lei n. 10.931/2004, compete ao devedor, no prazo de 5 (cinco) dias após a execução da liminar na ação de busca e apreensão, pagar integralidade da dívida - entendida esta como os valores apresentados e comprovados pelo credor na inicial -, sob pena de consolidação da propriedade do bem móvel objeto de alienação fiduciária".

2. Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Para os efeitos do artigo 543-C, do Código de Processo Civil, foi definida a seguinte tese: "Nos contratos firmados na vigência da Lei n. 10.931/2004, compete ao devedor, no prazo de cinco dias após a execução da liminar na ação de busca e apreensão, pagar a integralidade da dívida - entendida esta como os valores apresentados e comprovados pelo credor na inicial -, sob pena de consolidação da propriedade do bem móvel objeto de alienação fiduciária". Os Srs. Ministros Paulo de Tarso Sanseverino, Maria Isabel Gallotti, Antonio Carlos Ferreira, Ricardo Villas Bôas Cueva, Marco Buzzi, João Otávio de Noronha e Sidnei Beneti votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Nancy Andrighi.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Raul Araújo.

Brasília (DF), 14 de maio de 2014 (data do julgamento).

Ministro Luis Felipe Salomão, Relator

DJe 27.5.2014

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Luis Felipe Salomão: 1. O Banco Bradesco Financiamentos S.A. interpôs agravo de instrumento para o Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, em face da decisão de primeira instância, prolatada pela 20ª Vara Cível de Competência Especial da Comarca de Campo Grande que, nos autos da ação de busca e apreensão do automóvel descrito na inicial, determinou que o veículo permanecesse na Comarca até ulterior decisão e autorizou a purga da mora, com base apenas nas prestações vencidas. O requerido deixou de pagar o financiamento a partir da 14ª parcela, de um total de 60.

Narra que a lei não determina que o bem permaneça na Comarca onde fora apreendido - o que lhe onera demasiadamente -, e que permitir ao réu o depósito das prestações, sem considerar as demais parcelas do contrato, desrespeita o art. 3º, § 2º do Decreto-Lei n. 911/1969.

O relator, na origem, em decisão unipessoal, negou provimento ao agravo de instrumento. Interpôs o recorrente agravo regimental, que não foi provido.

A decisão tem a seguinte ementa:

> Agravo regimental em agravo de instrumento. Ação de busca e apreensão em alienação fiduciária. Purgação da mora. Parcelas vencidas. Venda antecipada ou remoção do bem. Necessidade de prévia autorização judicial.
>
> 01. Para a purgação da mora em ações de busca e apreensão fundadas em pacto adjeto de alienação fiduciária, é suficiente o depósito das parcelas vencidas acrescidas dos encargos moratórios até a data do depósito.
>
> 02. A remoção da comarca ou a venda antecipada do veículo apreendido depende de prévia autorização judicial, em atenção aos princípios da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal.
>
> Agravo regimental conhecido e não provido.

Sobreveio recurso especial do Banco, com fundamento no artigo 105, inciso III, alínea **c**, da Constituição Federal, sustentando divergência jurisprudencial, pois as instâncias ordinárias autorizaram o devedor fiduciário de bem móvel a purgar a mora mediante o pagamento somente das parcelas vencidas.

Afirma que o entendimento perfilhado pela Corte local diverge da jurisprudência do STJ e de outros tribunais, já que, com o advento da Lei n. 10.931/2004 - que alterou o art. 3º, § 2º, do Decreto-Lei n. 911/1969 -, não existe mais a possibilidade de purgação da mora pelo pagamento somente das parcelas vencidas, devendo ser paga a integralidade do débito.

Aduz que a decisão recorrida determina a manutenção do veículo na Comarca do Juízo de primeira instância, todavia o Decreto-Lei n. 911/1969 não exige a permanência dos bens na área de jurisdição do Juízo do foro competente.

Não houve oferecimento de contrarrazões.

Admitido o recurso especial na origem, ascenderam os autos a esta Corte Superior e, verificando a multiplicidade de recursos a versarem sobre a mesma controvérsia, submeti o feito à apreciação da egrégia Segunda Seção, na forma do que preceitua o artigo 543-C do CPC. Com isso determinei a ciência e facultei a manifestação no prazo de 15 (quinze) dias (art. 3º, I, da Resolução n. 8/2008) ao Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor - Idec, à Federação Brasileira de Bancos - Febraban e à Defensoria Pública da União.

A Defensoria Pública da União, como *amicus curiae*, opina no seguinte sentido, *in verbis*:

> Contudo, na presente manifestação ouso divergir de tal entendimento, eis que embora suprimida a expressão "purgação de mora" utilizada na redação anterior dos parágrafos do art. 3º do DL, as demais modificações inseridas em seu texto também estabeleceram duas definições técnicas distintas, de "crédito" e de "integralidade da dívida pendente", que foram utilizadas também de forma distinta para disciplinar os direitos e deveres das partes nos contratos garantidos por alienação fiduciária, o que importou na manutenção da possibilidade de purgação da mora.
>
> E a primeira destas definições, estabelecida no § 1º do art. 2º do Decreto-Lei n. 911/1969, é a de "crédito", entendido como a soma do "(...) principal, juros, comissões, além das taxas, cláusula penal e correção monetária (...)" e, pois, que representa a totalidade do crédito da parte credora e, por questão de simetria, também a totalidade do débito da parte devedora.
>
> Note-se que é o pagamento deste "crédito" que tem sido considerado pela jurisprudência dominante, inclusive do próprio STJ, como requisito para que o devedor possa reaver o bem, o que na maioria das vezes inviabiliza a continuidade do contrato e importa em grandes prejuízos para o devedor.
>
> Contudo, no exato dispositivo que regula o direito ao pagamento e recuperação do bem, isto é, no art. 3º, § 2º do

Decreto-Lei n. 911/1969, restou estabelecido requisito diverso, de pagamento da "integralidade da dívida pendente", expressão essa que embora não tenha sido definida no texto normativo, claramente foi utilizada de forma intencional pelo legislador para diferenciar o valor aí referido daquele atribuído ao "crédito" – totalidade da dívida.

[...]

Desta forma, ante à expressa previsão de restituição do bem a partir de pagamento de valor diverso da totalidade do "crédito" e, por óbvio, inferior a esse (o que será explicado mais adiante), parece-me que estamos sim diante da possibilidade de purgação de mora, ainda que não nominada expressamente como tal.

E quanto ao ponto ainda me parece importante argumentar que a previsão de restituição do bem "livre de ônus", determinada pela última parte do referido art. 3º, § 2º do DL n. 911/1969 não é impedimento para a purgação da mora, tal como tem sido considerado em algumas decisões judiciais, eis que também esse comando comporta interpretação sistêmica para harmonizá-lo com os demais dispositivos do Decreto-Lei.

Neste sentido, a expressão "livre de ônus" não importa em perdão do restante da dívida ainda não vencida e na simples entrega do bem ao devedor, o que de fato causaria sério desequilíbrio contratual, mas sim determina o encerramento do processo de busca e apreensão, sem condenação sucumbencial, bem como a continuidade do contrato, mantendo-se as obrigações assumidas por ambas as partes, bem como a garantia através da alienação fiduciária.

[...]

Por outro lado, ainda que se considere que a nova redação do DL n. 911/1969 não tenha previsto a possibilidade de purgação da mora, mesmo em face da aplicação e das consequências dos diferentes definições/valores acima indicados, de se reconhecer que a purgação da mora, tal como estabelecida pelo Código Civil Brasileiro, ainda seria subsidiariamente aplicável aos contratos garantidos por alienação fiduciária.

Neste sentido, e segundo as mais básicas regras de hermenêutica jurídica, temos que a norma geral se aplica no silêncio da regra específica, em tudo aquilo que compatível com essa.

[...]

> Note-se, mais uma vez, que tal interpretação é a mais compatível com os fins sociais e com as exigências do bem comum, bem como é aquela que melhor atende à tradição do direito contratual brasileiro, pelo que deve prevalecer sobre a atual jurisprudência que inviabiliza a purgação da mora nos contratos garantidos por alienação fiduciária.
>
> [...]
>
> Então, excluídas as parcelas vincendas, o conceito/valor atribuível à expressão "integralidade da dívida pendente" deve estar diretamente relacionado ao valor das parcelas vencidas, acrescidos dos juros e multa pactuados, bem como da correção monetária, solução essa, aliás, que espelha também aquela fórmula referida no art. 401 do CCB, e que mais uma vez contribui para a manutenção do equilíbrio contratual. (fls. 266-269)

A Federação Brasileira de Bancos - Febraban, como *amicus curiae*, opina no seguinte sentido, *in verbis*:

> 14. Sobre essa questão, deve-se registrar que já há entendimento consolidado nesse Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que compete ao devedor "pagar a integralidade da dívida" (AgRg no REsp n. 1.249.149-PR, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, 3ª Turma, DJe 9.11.2012). Inúmeros precedentes dessa Corte atestam essa realidade, bastando, para fins de ilustração, a menção à ementa de dois acórdãos, proferidos pela 3ª e pela 4ª Turmas:
>
> [...]
>
> 15. Para a FEBRABAN, esse entendimento merece ser reafirmado, fixando-se orientação no sentido de que a faculdade concedida ao devedor-fiduciante prevista no § 2º do art. 3º do Decreto-Lei n. 911, de 1969, exige o pagamento integral da dívida associada ao contrato de alienação fiduciária em garantia.
>
> 16. Primeiramente, porque é esse o entendimento que converge com a intenção legislativa que justificou a modificação introduzida pela Lei n. 10.931, de 2004, no procedimento de busca e apreensão relativo à recuperação do bem dado em garantia, por alienação fiduciária. Confira-se a justificativa contida na Exposição de Motivos, subscrita pelo Ministro de Estado da Fazenda Antonio Palocci Filho (EM 00027/2004-MF):
>
> [...]

17. Como se vê, a alteração legislativa teve como móvel a necessidade de conferir maior efetividade processual ao direito material de garantia, concedendo ao credor, logo no início da ação busca e apreensão e uma vez constatada a inadimplência, a consolidação da posse e da propriedade do bem dado em garantia.

18. Não é necessário, no entanto, acudir à intenção do legislador para chegar a essa conclusão. Os mais diversos métodos de interpretação conduzem ao mesmo entendimento.

19. Deve-se atentar, inicialmente, para a circunstância de que o dispositivo legal vincula a purgação da mora ao fato de "o devedor fiduciante [...] pagar a integralidade da dívida pendente". A expressão "dívida pendente" remete, inequivocamente, a toda a obrigação pecuniária ainda não paga pelo devedor e não apenas às prestações vencidas.

20. Essa conclusão é reforçada quando se coteja a redação original do Decreto-Lei com aquela advinda da Lei n. 10.931, de 2004. Em sua redação original, dispunha o art. 3º:

[...]

24. Desafia, assim, o texto e a lógica pensar que teria havido um esforço legislativo para alterar a redação do § 2º do art. 3º para que tudo permanecesse como estava, para permitir a purgação da mora no processo de busca e apreensão.

25. A rigor, como tem enfaticamente reiterado a jurisprudência da Corte, o novo marco legal veio para extinguir essa possibilidade extraordinária de purgação da mora existente na busca e apreensão.

[...]

27. É eloquente que o texto legal se refira à restituição do bem "livre do ônus", uma vez paga a integralidade do débito. Não há sentido lógico em pensar que a lei teria facultado ao devedor a purgação da mora, dando prosseguimento à relação contratual, e impondo ao credor a perda da garantia. Se o bem é restituído ao devedor, livre do ônus da alienação fiduciária em garantia é porque o devedor quitou o contrato, extinguindo-se, pois, o pacto acessório da garantia, devendo-se transferir a propriedade para o devedor.

[...]

32. Se há momento para a purgação da mora, ele só pode existir, no regime legal da alienação fiduciária em garantia, até o momento que antecede o ajuizamento da ação. (fls. 334-340)

O Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor Bancário - IBDCONB, em subsequentes petições formuladas apenas em 12 e 13 de maio do corrente ano, após a publicação da presente pauta de julgamento, requereu sua admissão como *amicus curiae* ou a recepção como memoriais da seguinte argumentação, *in verbis*:

> Veja que já em 1974 a Suprema Corte entendia que, exigir-se do consumidor o pagamento integral do débito considerado antecipadamente vencido na sua integralidade, sem direito à purga da mora, como única forma de impedir a perda do bem, caracteriza manifesta violação ao devido processo legal, ao direito de acesso à justiça e aos direitos do consumidor.
>
> Assim, no caso do presente representativo temos que o Decreto-Lei n. 911/1969, tanto em sua redação antiga quanto em sua nova redação, advinda das alterações introduzidas pela Lei 1.0931/2004, confere ao devedor o direito de purgar a mora para que lhe seja restituído o bem objeto da Busca e Apreensão.
>
> [...]
>
> Considerar vencidas todas as prestações, antes mesmo de dar ao devedor a oportunidade de purgar a mora, seria o mesmo que negar o direito ao inadimplente de redimir-se frente ao credor, quitando os valores já efetivamente devidos.
>
> No entanto, esta exigência, de pagamento da integralidade da dívida para purgar a mora, demanda uma interpretação sistemática, porque não condiz com a intenção do legislador quando elaborou o Código de Defesa do Consumidor, conflita com o instituto da purgação da mora (CC, art. 401, inciso I) e fere o princípio da função social do contrato.
>
> Neste contexto, em consonância com a finalidade da Lei do Consumidor, a partir do qual deve ser interpretado o contrato firmado entre as partes, deve-se exigir do devedor o adimplemento das parcelas vencidas, acrescidas de correção monetária e juros de mora, a fim de purgar a mora e retomar a normalidade do pacto.
>
> [...]
>
> Sob essa ótica temos a aplicabilidade do princípio da função social do contrato, positivado no artigo 421 do Novo Código Civil, mas já vigente em nosso ordenamento jurídico desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, em razão do princípio da função social da propriedade, impõe que os contratos tenham o seu curso normal, de acordo com o pactuado, devendo ser evitado ao máximo o desfazimento precipitado do negócio jurídico.

[...]

Neste contexto, em consonância com a finalidade da Lei do Consumidor, a partir da qual deve ser interpretado o contrato firmado entre as partes, deve-se exigir do devedor o adimplemento das parcelas vencidas, acrescidas de correção monetária e juros de mora, a fim de purgar a mora e retomar a normalidade do pacto, sob pena de enriquecimento ilícito da instituição bancária.

[...]

Cumpre no caso em tela trazer o brilhante voto divergente do Ministro Catarinense Marco Buzzi, quando do julgamento do REsp n. 1.287.402-PR, senão vejamos:

[...]

O Ministério Público Federal opina pelo parcial provimento do recurso especial para reconhecer que, "em razão das alterações trazidas pela Lei n. 10.931/2004, deixou de existir a purgação da mora prevista anteriormente no art. 3º, § 3º, do Decreto-Lei n. 911/1969, e que deu ensejo à edição da Súmula n. 284, do STJ, pois, sob a nova sistemática legal, cinco dias após executada a liminar de busca e apreensão, consolidar-se-ão a propriedade e a posse plena e exclusiva do bem no patrimônio do credor fiduciário, ressalvada" a possibilidade, dentro desse mesmo quinquídio, de pagamento integral da dívida pendente.

Em vista de informações colhidas nos tribunais estaduais, no sentido de que, atualmente, encontram-se pendentes de distribuição milhares de ações que versam sobre a mesma matéria vertida no presente recurso especial, determinei a suspensão dos processos em que a controvérsia tratada nos presentes autos tenha sido estabelecida, na mesma linha dos procedimentos adotados nos Recursos Especiais n. 1.060.210-SC (Rel. Min. Luiz Fux), 1.251.331-RS (Rel. Min. Maria Isabel Gallotti) e 1.419.697-RS (Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino). Em face dessa decisão, opôs o recorrente Banco Bradesco Financiamentos S.A. embargos de declaração (fls. 319-327).

Marcelo Barros de Castro, afirmando ser terceiro interessado, requereu seja admitida sua intervenção como assistente simples, pois "o resultado do presente recurso repetitivo influenciará decisivamente na solução dos embargos de divergência em que o Requerente é parte" (fls. 313-412).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Luis Felipe Salomão (Relator): 2. Para logo, indefiro, por manifestamente descabido, o pedido de ingresso como assistente simples de Marcelo Barros de Castro.

O fato de ser parte em feito em que se discute tese que será firmada no presente recurso, evidentemente, não implica reconhecimento de seu interesse jurídico no deslinde da presente demanda.

Ademais, admissão dessa tese abriria a possibilidade de manifestação de todos aqueles que figuram em feitos que tiveram a tramitação suspensa em vista da presente afetação - o que, evidentemente, inviabilizaria o julgamento de recursos repetitivos.

Outrossim, é bem de ver que o requerente não se enquadra dentre o rol indicado no artigo 543, § 4º, do CPC, sendo certo que nem os elencados no referido dispositivo podem ser admitidos como assistentes no procedimento de recursos representativos da controvérsia, não lhes sendo possível nem mesmo a interposição de recurso impugnando a decisão que vier a ser prolatada.

O interesse do peticionário, que se pode vislumbrar no julgamento do presente recurso, é meramente subjetivo, quando muito reflexo, de cunho meramente econômico - o que não justifica sua admissão como assistente simples:

> Processual Civil. Transporte interestadual de passageiros. Exploração de linha rodoviária. Irregularidade. Pedido de assistência simples. Art. 50 do CPC. Indeferimento. Interesse jurídico não demonstrado.
>
> [...]
>
> 2. A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça é no sentido de que para o ingresso de terceiro nos autos como assistente simples é necessária a presença de interesse jurídico, ou seja, a demonstração da existência de relação jurídica integrada pelo assistente que será diretamente atingida pelo provimento jurisdicional, não bastando o mero interesse econômico, moral ou corporativo.
>
> 3. O Tribunal *a quo*, ao decidir acerca da intervenção de terceiro, consignou que eventual interesse financeiro que a parte agravante possa ter no deslinde do feito não se confunde com o interesse jurídico a justificar sua presença como parte no feito. Ora, a falta de demonstração pelo agravante, conforme analisado na origem, do necessário interesse jurídico no resultado da demanda, inviabiliza o seu ingresso no feito como assistente simples.
>
> 4. As pretensões de integrar o polo passivo são motivadas pela concorrência supostamente desleal ocasionada pela atuação da empresa autora em sobreposição às linhas por elas operadas, acarretando suposto desrespeito às permissões que detêm e ao equilíbrio econômico-financeiro dos seus contratos, o que denota a existência de interesse meramente econômico na demanda. Até porque a concessão de direitos de exploração de uma linha de ônibus para uma empresa não afronta direitos de terceiros sobre as mesmas linhas, uma vez que a permissão ou autorização de exploração de linhas

de ônibus não confere direito à exclusividade. Precedente: REsp n. 762.093-RJ, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 20.5.2008, DJe 18.6.2008.

5. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp n. 392.006-PR, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 5.11.2013, DJe 12.11.2013)

3. Quanto aos embargos de declaração opostos pelo recorrente em face da superveniente decisão interlocutória de fls. 311-312, estão prejudicados os aclaratórios de fls. 319-327, diante do julgamento ora realizado.

4. Iniciando o exame do recurso especial, observo que não comporta conhecimento a tese recursal impugnando as condições impostas para a retirada do bem móvel da comarca do Juízo de origem, pois não foi apontado dispositivo de direito federal violado, incidindo, por analogia, a Súmula n. 284-STF a impedir, no ponto, o enfrentamento dessa tese recursal.

Ademais, o acórdão recorrido está assentado também em fundamento constitucional, sem que o recorrente tenha manejado recurso extraordinário – o que atrai a incidência da Súmula n. 126-STJ.

5. A questão controvertida consiste em saber se, com o advento da Lei n. 10.931/2004, que alterou o art. 3º, § 2º, do Decreto-Lei n. 911/1969, nas ações de busca e apreensão de bem móvel alienado fiduciariamente, é possível a purgação da mora pelo pagamento somente das parcelas vencidas, ou se o dispositivo exige o pagamento da integralidade da dívida, isto é, o montante apresentado pelo credor na inicial.

O acórdão recorrido dispôs:

> Como se viu do relatório, a agravante se limitou a reiterar as alegações expostas no agravo de instrumento. Assim sendo, as razões expostas no apelo são insuficientes para modificar a decisão monocrática proferida nos seguintes termos:
>
> [...]
>
> *Conforme disposto no § 2º do artigo 3º do Decreto-Lei n. 911/1969, com as alterações advindas da Lei n. 10.931/2004, é garantido ao devedor fiduciante a possibilidade de reaver a posse do bem alienado, desde que, no prazo de 5 dias após o cumprimento da medida liminar de busca e apreensão, efetue o depósito da "integralidade da dívida pendente".*
>
> *[...]*
>
> *Não há como admitir a limitação para purgação da mora à quitação integral do contrato, porquanto a expressão "integralidade da dívida pendente" a que se refere o citado dispositivo legal não é sinônimo de dívida total do contrato, mas sim de dívida vencida até a data em que for purgada a mora.*

[...]

À purgação da mora deve ser efetuada pelo débito existente até a elaboração da conta, não podendo ser incluídas as parcelas futuras, cujos vencimentos seriam antecipados caso a mora não fosse purgada.

Desse modo, caso a agravante pretenda retirar o bem da comarca ou realizar a venda antecipada, deverá requerer expressa autorização do juízo, sob pena de ofensa aos incisos LIV e LV do artigo 5º da Constituição Federal. (fls. 87-89)

6. Nesse passo, conforme disposto no art. 3º, § 8º, do Decreto-Lei n. 911/1969, a busca e apreensão prevista no mencionado dispositivo constitui processo autônomo e independente de qualquer procedimento posterior.

Com efeito, trata-se de ação especial - com elementos tanto de cognição como de execução - instituída para a execução da garantia real sobre coisas móveis, sob a modalidade de alienação fiduciária, por meio da qual o credor consegue consolidar a posse e o domínio sobre o bem gravado. (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil:* procedimentos especiais. 43 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, vol. 3, p. 575)

De início, consigno que a Súmula n. 284-STJ, anterior à Lei n. 10.931/2004, orienta que a purga da mora, nos contratos de alienação fiduciária, só é permitida quando já pagos pelo menos 40% (quarenta por cento) do valor financiado.

No entanto, é bem de ver que a Súmula espelha a redação primitiva do art. 3º, § 1º, do Decreto-Lei n. 911/1969, que tinha a seguinte redação:

> Art. 3º O Proprietário Fiduciário ou credor, poderá requerer contra o devedor ou terceiro a busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente, a qual será concedida liminarmente, desde que comprovada a mora ou o inadimplemento do devedor.
>
> § 1º Despachada a inicial e executada a liminar, o réu será citado para, em três dias, apresentar contestação ou, se já tiver pago 40% (quarenta por cento) do preço financiado, requerer a purgação de mora.

Todavia, após a edição do enunciado de Súmula referido, sobreveio legislação específica regulando de modo diverso a mesma questão; e, portanto, na lição do gênio de Pontes de Miranda, a regra jurídica determina desde onde e até onde se opera a eficácia dos fatos jurídicos, por isso tem todo poder no que se refere aos efeitos jurídicos dos atos:

> 1. *Alcance da eficácia.* **A regra jurídica e com ela, o sistema jurídico determinam desde onde e até onde se opera a eficácia dos fatos jurídicos, qual a sua qualidade e qual a sua intensidade. A técnica legislativa, fundada em experiências e investigações lógicas, adota, para isso, conhecimentos preciosos. Não há, porém, princípio *a priori* de proporcionalidade, ou de equivalência entre fatos e efeitos: fatos distintos, às vezes assaz diferentes, podem ter os mesmos efeitos.** Pense-se no efeito "propriedade dos móveis" e nos fatos que o sistema jurídico fez fatos jurídicos ("ocupação", "caça", "pesca", "achada" ou "invenção", "descobrimento do tesouro", "especificação", "posse da coisa como sua durante x anos"). Pense-se na variedade de atos que são punidos com reclusão. O testamento tanto é testamento se feito por instrumento público, como se feito por instrumento privado.
>
> *A regra jurídica tem todo poder no tocante aos efeitos jurídicos.* Quanto aos fatos, é menor, porque ou os deforma, o que não pode ir até excluí-los, ou torná-los indiscerníveis dos outros, ou os toma como se apresentam, ou faz lhes corresponda fato-função (fato jurídico de que o outro é sinal). O silêncio dá-nos muitos casos de tal equivalência, sugerida por simples comodidade de técnica. (MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. *Tratado de direito privado*. Campinas: Bookseller, 2000, tomo 5, p. 35-103)

Com a vigência da Lei n. 10.931/2004, o art. 3º, parágrafos 1º e 2º, do Decreto-Lei n. 911/1969 passaram a estabelecer, *in verbis*:

> Art. 3º O Proprietário Fiduciário ou credor, poderá requerer contra o devedor ou terceiro a busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente, a qual será concedida liminarmente, desde que comprovada a mora ou o inadimplemento do devedor.
>
> § 1º *Cinco dias após executada a liminar* mencionada no *caput*, consolidar-se-ão a propriedade e a posse plena e exclusiva do bem no patrimônio do credor fiduciário, cabendo às repartições competentes, quando for o caso, expedir novo certificado de registro de propriedade em nome do credor, ou de terceiro por ele indicado, livre do ônus da propriedade fiduciária. (Redação dada pela Lei n. 10.931, de 2004)
>
> § 2º *No prazo do § 1º, o devedor fiduciante poderá pagar a integralidade da dívida pendente*, segundo os valores apresentados pelo credor fiduciário na inicial, *hipótese na qual o bem lhe será restituído livre do ônus*. (Redação dada pela Lei n. 10.931, de 2004)

O texto atual do art. 3º, parágrafos 1º e 2º, do Decreto-Lei n. 911/1969 é de clareza solar no tocante à necessidade de quitação de todo o débito, inclusive as prestações vincendas.

Realizando o cotejo entre a redação originária e a atual, fica límpido que a Lei não faculta mais ao devedor a purgação de mora, expressão inclusive suprimida das disposições atuais, não se extraindo do texto legal a interpretação de que é possível o pagamento apenas da dívida vencida.

Dessarte, a redação vigente do art. 3º, parágrafos 1º e 2º, do Decreto-Lei n. 911/1969, segundo entendo, não apenas estabelece que o devedor fiduciante poderá *pagar a integralidade da dívida pendente*, como dispõe que, *nessa hipótese, o bem será restituído livre do ônus* - não havendo, pois, margem à dúvida acerca de se tratar de pagamento de toda a dívida, isto é, de extinção da obrigação, relativa à relação jurídica de direito material (contratual).

Esse é também, por todos, o entendimento de Humberto Theodoro Júnior:

> e) Purga da mora: era admissível ao devedor escapar da busca e apreensão, no sistema do Dec.-Lei n. 911/1969, recolhendo apenas as prestações vencidas, mas isto só se permitir caso já tivessem sido pagos pelo menos 40% da dívida. Pela nova sistemática implantada pela Lei n. 10.931/2004, não existe mais a antiga purga da mora. O devedor executado só escapa da busca e apreensão pagando o valor integral do saldo do contrato, e isto haverá de acontecer nos primeiros 5 dias após a execução da liminar. (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil:* procedimentos especiais. 43 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, vol. 3, p. 575)

Igualmente, como alertado pelo *amicus curiae* Febraban, na exposição de motivos relativa à Lei n. 10.931/2004, subscrita pelo então Ministro de Estado de Fazenda Antonio Palocci Filho, constava:

> 13. Dessa forma, as alterações propostas ao Decreto-Lei n. 911, de 1º de outubro de 1969, objetivam agilizar a venda do bem retomado, sem prejuízo ao mutuário, inclusive propiciando-lhe uma forma mais célere de quitação de sua dívida. Ademais, a fim de prevenir abusos por parte do credor fiduciário, foi estabelecida pesada multa, caso se constate irregularidades na venda pela instituição credora do bem alienado fiduciariamente, sem prejuízo de ação de perdas e danos futura. Com isso, garante-se ao mutuário a salvaguarda de receber o equivalente monetário do bem indevidamente alienado, mas também a compensação por qualquer dano que a venda do bem possa lhe ter provocado.

Arrematando, Melhim Namem Chalhub anota que, durante a tramitação do Projeto de Lei, pugnando pela manutenção da faculdade da purgação da mora pelo devedor fiduciante, foi proposta, após gestões do Instituto dos Advogados Brasileiros e da Seção do Rio de Janeiro da OAB, a Emenda n. 22 ao Projeto de Lei, que não foi acolhida. Outrossim, observa que o Projeto de Lei visou dar celeridade à venda do bem apreendido - principalmente para evitar sua deterioração.

Note-se:

> Quando da tramitação do Projeto, manifestamo-nos no instituto dos Advogados Brasileiros e na Ordem dos Advogados do Brasil, Secção do Estado do Rio de Janeiro, e formulamos emenda visando suprir a omissão de modo a assegurar os direitos do devedor fiduciante. A proposta de emenda foi encaminhada ao Congresso Nacional e efetivamente apresentada sob o n. 22, mas não foi acolhida, tendo sido aprovada em seu lugar outra emenda que, embora preveja o pagamento da dívida depois do cumprimento da liminar de busca e apreensão, impõe ao devedor o pagamento integral do financiamento, e não apenas o pagamento das prestações vencidas.
>
> [...]
>
> Essa nova redação decorre do Projeto de Lei n. 3.065/2004, pelo qual o Poder Executivo propôs alterações no Dec.-Lei n. 911/1969, visando dar celeridade à venda do bem apreendido, principalmente para evitar sua deterioração. (TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Orgs.). *Doutrinas essenciais. Obrigações e contratos, contratos em espécie: atribuição patrimonial e garantia.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, vol. V, p. 440-442)

7. É bem de ver que, em realce ao argumento de natureza constitucional, se de um lado a Lei n. 10.931/2004 visou dar celeridade à venda do bem apreendido para evitar a sua deterioração, por outro, modificou a redação art. 3º, parágrafo 6º, do Decreto-Lei n. 911/1969 para estabelecer que, na sentença que decretar a improcedência da ação de busca e apreensão, o juiz condenará o credor fiduciário ao pagamento de multa, em favor do devedor fiduciante, equivalente a 50% do valor originalmente financiado, devidamente atualizado, caso o bem já tenha sido alienado.

Konrad Hesse observa que, ordinariamente, é o legislador democrático que está devidamente aparelhado para a apreciação das limitações necessárias à autonomia privada em face dos outros valores e direitos constitucionais. (HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha.* Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1998, p. 285).

Nisso consiste a tarefa específica da normatização de direito privado, que desenvolveu nesse empenho uma pronunciada autonomia com relação à Constituição, tanto em perspectiva histórica, quanto também no tocante ao conteúdo, haja vista que o direito privado, em regra, disponibiliza soluções muito mais diferenciadas para conflitos entre os seus sujeitos do que a Constituição poderia fazer. (CANARIS, Claus-Wilhelm. SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 225).

Dessarte, não se pode presumir a imprevidência do legislador que, democraticamente eleito, em matéria de competência do Poder Legislativo, presumivelmente sopesando as implicações sociais, jurídicas e econômicas da modificação do ordenamento jurídico, vedou, para alienação fiduciária de bem móvel, a purga da mora, sendo, pois, matéria insuscetível ao controle jurisdicional (infraconstitucional).

Nesse passo, a título de registro, vale transcrever o voto proferido no REsp n. 1.287.402-PR, relator p/ acórdão Ministro Antonio Carlos Ferreira. Sua Excelência alinhavou:

> A hipótese legal, para mim, é muito clara. O devedor pode, nos 5 (cinco) dias previstos em lei, pagar a integralidade da dívida pendente. "O devedor fiduciante poderá pagar a integralidade da dívida pendente, segundo os valores apresentados pelo credor fiduciário na inicial, hipótese na qual o bem lhe será restituído livre de ônus".
>
> Ora, se o bem vai ser restituído livre de ônus, é porque deverá ser realizado o pagamento integral da dívida, incluindo o valor correspondente às parcelas vincendas e encargos. É o que se conclui da leitura do § 2º do artigo 3º do Decreto-Lei n. 911/1969, com a redação introduzida pela Lei n. 10.931/2004;
>
> Sr. Presidente, entendo que a alteração do referido Decreto-Lei levada a efeito por meio da Lei n. 10.931/2004 não foi à toa. A intenção do legislador é exatamente essa: o pagamento da integralidade da dívida (parcelas vencidas e vincendas).
>
> O instituto da alienação fiduciária é um instituto útil para o desenvolvimento do País. Não é só financiamento de automóveis, inclui financiamento de máquinas, equipamentos, implementos agrícolas e até imóveis.
>
> Esse instituto, na forma como é concebido, facilita o acesso ao crédito e reduz o seu custo, exatamente porque assegura ao credor mecanismos mais eficazes para a retomada do bem financiado e a recuperação do crédito.
>
> Por isso, pedindo vênia ao relator, *conheço* do recurso especial e *dou-lhe provimento.*

Nessa mesma toada, naquela ocasião, a Ministra Maria Isabel Gallotti argumentou:

> Sr. Presidente, como o Relator bem reconheceu, a alienação fiduciária foi imprescindível para que o consumidor pudesse ter acesso a crédito. E não é só acesso a crédito, penso que ela repercute também na própria taxa de juros bancária, na diminuição do risco assumido pelo banco, uma vez que possibilita o retorno do capital de uma forma mais rápida em caso de inadimplência. Penso que a alienação fiduciária só causa esse resultado de facilitar o crédito se for dentro do sistema legal em que ela foi concebida, que é um sistema feito por lei ordinária, primeiro um decreto-lei da década de 1969, que sofreu alterações de uma lei de 2004, com a mesma hierarquia do CDC. Penso que não se pode deixar de aplicar uma regra legal expressa, editada em 2004, porque ela seria contra um princípio do CDC e penso que a circunstância do CDC ser aplicável a contratos bancários não impede que leis ordinárias posteriores sejam editadas estabelecendo um tipo de contrato que visa a dar maior garantia às instituições financeiras do resgate da dívida exatamente para que elas possam oferecer mais crédito com taxas de juros que deveriam ser mais acessíveis. Mas, se não são, se os juros são altos mesmo assim, é uma questão de mercado e de política econômica que não pode ser resolvida por meio de iniciativas tópicas do Poder Judiciário em casos concretos submetidos à sua apreciação.

Com efeito, embora respeitando o entendimento contrário, penso que, sob pena de se criar insegurança jurídica e violação ao princípio da tripartição dos poderes, não cabe ao Judiciário, a pretexto de interpretar a norma, terminar por, mediante engenhosa construção, criar hipótese de purgação da mora não contemplada pela Lei.

8. Em outro giro, conforme a consagrada doutrina de Carlos Maximiliano, jamais poderá o juiz, a pretexto de interpretar, esvair a essência da regra legal, ressaltando que as disposições excepcionais são estabelecidas por motivos ou considerações particulares, mas reduz-se à hipótese expressa:

> Jamais poderá o juiz transpor os limites estabelecidos pelo Código [...]. Não considera a lei como rígida, sem lacunas e sem elastério, inadaptável às circunstâncias; completa o texto; porém *não lhe corrige a essência, nem o substitui jamais.*
>
> [...]
>
> 272 - *As disposições excepcionais são estabelecidas por motivos ou considerações particulares, contra outras normas*

jurídicas, ou contra o Direito comum; por isso não se estendem além dos casos e tempos que designam expressamente.

[...]

286 - Parece oportuna a generalização da regra exposta acerca de determinadas espécies de preceitos, *esclarecer como se entende e aplica uma norma excepcional. É de Direito estrito; reduz-se à hipótese expressa*: na dúvida, segue-se a regra geral. *Eis porque se diz que a exceção confirma a regra nos casos não excetuados.*

287 - O processo de exegese das leis de tal natureza é sintetizado na parêmia célebre, que seria imprudência eliminar sem maior exame - *'interpretam-se restritamente as disposições derrogatórias do Direito comum'*. Não há efeito sem causa: a predileção tradicional pelos brocardos provém da manifesta utilidade dos mesmos. Constituem sínteses esclarecedoras, admiráveis súmulas de doutrinas consolidadas. Os males que lhes atribuem são os de todas as regras concisas: decorrem não do uso, e sim do abuso dos dizeres lacônicos. O exagero encontra-se antes na deficiência de cultura ou no temperamento do aplicador do que no âmago do apotegma. Bem compreendido este, conciliados os seus termos e a evolução do Direito, a letra antiga e as ideias modernas, ressaltará ainda a vantagem atual desses comprimidos de ideias jurídicas, auxiliares da memória, amparos do hermeneuta, fanais do julgador vacilante em um labirinto de regras positivas.

Quanta dúvida resolve, num relâmpago, aquela síntese expressiva – interpretam-se ***restritivamente as disposições derrogatórias do Direito comum***!

Responde, em sentido negativo, à primeira interrogação: o Direito Excepcional comporta o recurso à analogia? Ainda enfrenta, e com vantagem, a segunda: é ele compatível com a exegese extensiva? Neste último caso, persiste o adágio em amparar a recusa; acompanham-no reputados mestres; outros divergem, porém mais na aparência do que na realidade: esboçam um sim acompanhado de reservas que o aproximam do não. Quando se pronunciam pelo efeito extensivo, fazem-no com o intuito de excluir o restritivo, tomado este na acepção tradicional. *Timbram em evitar que se aplique menos do que a norma admite; porém não pretendem o oposto - ir além do que o texto prescreve. O seu intento é tirar da regra tudo o que na mesma se contém, nem mais, nem menos.* Essa interpretação bastante se aproxima da que os clássicos apelidavam declarativa; *denomina-se estrita: busca o sentido exato; não dilata, nem restringe.*

> Com as reservas expostas, *a parêmia terá sempre cabimento e utilidade*. Se fora lícito retocar a forma tradicional, substituir-se-ia apenas o advérbio: ao invés de restritiva, estritamente. Se prevalecer o escrúpulo em emendar adágios, de leve sequer, bastará que se entenda a letra de outrora de acordo com as ideias de hoje: o brocardo sintetiza o dever de aplicar o conceito *excepcional só à espécie que ele exprime, nada acrescido, nem suprimido ao que a norma encerra, observada a mesma, portanto, em toda a sua plenitude*. (MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 20 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011, p. 69, 184, 191 e 192)

Com efeito, como regra basilar de hermenêutica, no confronto entre as regras específicas e as demais do ordenamento jurídico, deve prevalecer a regra excepcional.

Essa é também a doutrina de Claudia Lima Marques, citada por Melhim Namem Chalhub, ao assentar que a lei especial nova geralmente traz normas a par das já existentes; normas diferentes, novas, mais específicas do que as anteriores e que, como o CDC não regula contratos específicos, em casos de incompatibilidade, há clara prevalência da lei especial nova pelos critérios de especialidade e cronologia:

> É nesse sentido a lição de Cláudia Lima Marques, que, ao examinar as antinomias em face do CDC, observa que se "ambas as leis permanecem no sistema haveria prevalência da lei especial. (...) A jurisprudência tende a conceber prevalência às normas especiais, sempre que não em conflito com a Constituição," salientando a prevalência da lei especial, quando posterior: "A lei especial nova geralmente traz normas a par das já existentes, normas diferentes, novas, mais específicas do que as anteriores, mas compatíveis e conciliáveis com estas. Como o CDC não regula contratos específicos, mas sim elabora normas de conduta gerais e estabelece princípios, raros serão rarosos casos de incompatibilidade. Se, porém, os casos de incompatibilidade são poucos, nestes há clara prevalência da lei especial nova pelos critérios de especialidade e cronologia. (...) Assim, o CDC como lei geral de proteção dos consumidores poderia ser afastado para a aplicação de uma lei nova especial para aquele contrato ou relação contratual, como no caso da lei sobre seguro-saúde, se houver incompatibilidade de preceitos". (CHALHUB, Melhim Namem. *Negócio fiduciário*. 4 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 302 e 303)

Dessarte, é inegável que, com a vigência da Lei n. 10.931/2004, o art. 3º, parágrafos 1º e 2º, do Decreto-Lei n. 911/1969, para os casos de alienação fiduciária envolvendo bem móvel, é mitigado o princípio da conservação dos contratos consagrado pelo ordenamento jurídico brasileiro, notadamente pelo afastamento, para esta relação contratual, do art. 401 do CC.

Nesse particular, ademais, cumpre consignar que, evidentemente, naquilo que compatível, aplicam-se à relação contratual envolvendo alienação fiduciária de bem móvel, integralmente, as disposições previstas no Código Civil e, nas relações de consumo, o Código de Defesa do Consumidor.

Igualmente, não se está a dizer que, no período de 5 dias após a execução da liminar prolatada na ação de busca e apreensão, isto é, antes que a posse plena e a propriedade se consolidem no patrimônio do credor, não possam as partes pactuar transação - negócio jurídico que tem por "elemento constitutivo a concessão de vantagens recíprocas, por isso mesmo não se confunde com renúncia, desistência ou doação" (REsp n. 1.071.641-RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 21.5.2013, DJe 13.6.2013).

9. Com efeito, é entendimento consolidado nesta Corte Superior que, após o advento da Lei n. 10.931/2004, que deu nova redação ao art. 3º do Decreto-Lei n. 911/1969, não há falar em purgação da mora, haja vista que, sob a nova sistemática, após decorrido o prazo de 5 (cinco) dias contados da execução da liminar, a propriedade do bem fica consolidada com o credor fiduciário, devendo o devedor efetuar o pagamento da integralidade do débito remanescente a fim de obter a restituição do bem livre de ônus.

Esse entendimento foi sufragado em inúmeros e recentes precedentes das duas Turmas que compõem a Segunda Seção. Confiram-se os julgados:

> Direito Civil. Direito Processual Civil. Agravo regimental no recurso especial. Alienação fiduciária em garantia. Decreto-Lei n. 911/1969. Alteração introduzida pela Lei n. 10.931/2004. Purgação da mora e prosseguimento do contrato. Impossibilidade. Necessidade de pagamento do total da dívida (parcelas vencidas e vincendas).
>
> Decisão mantida.
>
> 1. A atual redação do art. 3º do Decreto-Lei n. 911/1969 não faculta ao devedor a purgação da mora nas ações de busca e apreensão de bem alienado fiduciariamente.
>
> 2. Somente se o devedor fiduciante pagar a integralidade da dívida, incluindo as parcelas vencidas, vincendas e encargos, no prazo de 5 (cinco) dias após a execução da liminar, ser-lhe-á restituído o bem, livre do ônus da propriedade fiduciária.
>
> 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no REsp n. 1.398.434-MG, Rel. Ministro Antonio Carlos

Ferreira, Quarta Turma, julgado em 4.2.2014, DJe 11.2.2014)

Agravo regimental no recurso especial. Contrato de alienação fiduciária. Busca e apreensão. Purgação da mora. Insubsistência da Súmula n. 284-STJ. Lei n. 10.931/2004 que alterou o Decreto-Lei n. 911/1969.

1. A purgação da mora antes prevista no art. 3º, § 3º, do Decreto-Lei n. 911/1969, e que deu ensejo à edição da Súmula n. 284-STJ, não mais subsiste em virtude da Lei n. 10.931/2004, que alterou referido dispositivo legal.

2. Sob a nova sistemática legal, após decorrido o prazo de 5 (cinco) dias, contados da execução liminar, a propriedade do bem fica consolidada com o credor fiduciário, cabendo ao devedor efetuar o pagamento da integralidade do débito remanescentes para fins de obter a restituição do bem livre de ônus.

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp n. 1.151.061-MS, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 9.4.2013, DJe 12.4.2013)

Agravo regimental no recurso especial. Ação de obrigação de fazer cumulada com pedido de reparação de danos morais. Contrato de financiamento garantido por alienação fiduciária.

1. Com a edição da Lei n. 10.931/2004, afastou-se a possibilidade de purgação da mora nas ações de busca e apreensão oriundas de contrato de mútuo garantido por alienação fiduciária.

2. Compete ao devedor, no prazo de cinco dias da execução da liminar, pagar a integralidade da dívida, entendida esta como os valores apresentados pelo credor fiduciário na inicial.

3. Inviável a inclusão de outras despesas de cobrança no montante devido para purga da mora, porquanto apenas podem ser incluídas no leito estreito da ação de busca e apreensão, as verbas expressamente previstas pelo § 1º, do artigo 2º, do Decreto-Lei n. 911/1969.

4. Necessidade de retorno dos autos à origem para apreciação do pedido de reparação dos danos morais.

5. *Agravo regimental a que se nega provimento.* (AgRg no REsp n. 1.249.149-PR, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 6.11.2012, DJe 9.11.2012)

Direito Civil. Recurso especial. Ação de busca e apreensão. Alienação fiduciária em garantia. Decreto-Lei n. 911/1969. Alteração introduzida pela Lei n. 10.931/2004. Purgação da mora e prosseguimento do contrato. Impossibilidade. Necessidade de pagamento do total da dívida (parcelas vencidas e vincendas).

1) A atual redação do art. 3º do Decreto-Lei n. 911/1969 não faculta ao devedor a purgação da mora nas ações de busca e apreensão de bem alienado fiduciariamente.

2) Somente se o devedor fiduciante pagar a integralidade da dívida, no prazo de 5 (cinco) dias após a execução da liminar, ser-lhe-á restituído o bem, livre do ônus da propriedade fiduciária.

3) A entrega do bem livre do ônus da propriedade fiduciária pressupõe pagamento integral do débito, incluindo as parcelas vencidas, vincendas e encargos.

4) Inexistência de violação do Código de Defesa do Consumidor.

Precedentes.

5) Recurso especial provido.

(REsp n. 1.287.402-PR, Rel. Ministro Marco Buzzi, Rel. p/ Acórdão Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 3.5.2012, DJe 18.6.2013)

Agravo regimental no agravo de instrumento. Busca e apreensão. Contrato de alienação fiduciária. Negativa de prestação jurisdicional. Não ocorrência. Purgação da mora. Impossibilidade. Preclusão. Ausência de impugnação dos fundamentos do acórdão recorrido. Incidência da Súmula n. 283-STF. Recurso improvido.

(AgRg no Ag n. 1.385.205-SP, Rel. Ministro Massami Uyeda, Terceira Turma, julgado em 12.4.2012, DJe 26.4.2012)

Agravo regimental no recurso especial. Fundamentos insuficientes para reformar a decisão agravada. Contrato garantido com cláusula de alienação fiduciária. Ação de busca e apreensão. Purgação da mora após a vigência da Lei n. 10.931/2004. Impossibilidade. Necessidade de pagamento da integralidade da dívida. Súmula n. 83 do STJ.

1. O agravante não trouxe argumentos novos capazes de infirmar os fundamentos que alicerçaram a decisão agravada, razão que enseja a negativa de provimento ao agravo regimental.

2. Com a nova redação do artigo 3º do Decreto-Lei n. 911/1969, dada pela Lei n. 10.931/2004, não há mais se falar

em purgação da mora nas ações de busca e apreensão de bem alienado fiduciariamente, devendo o devedor pagar a integralidade da dívida, no prazo de 5 dias após a execução da liminar, hipótese na qual o bem lhe será restituído livre de ônus.

3. A perfeita harmonia entre o acórdão recorrido e a jurisprudência dominante desta Corte Superior impõe a aplicação, à hipótese dos autos, do Enunciado n. 83 da Súmula do STJ.

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp n. 1.183.477-DF, Rel. Ministro Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ-RS), Terceira Turma, julgado em 3.5.2011, DJe 10.5.2011)

Agravo regimental no agravo de instrumento. Ausência de impugnação dos fundamentos da decisão agravada. Verbete n. 182 da Súmula do STJ. Ação de busca e apreensão. Purgação da mora. Divergência jurisprudencial não caracterizada. Lei n. 10.931/2004. Integralidade da dívida. Verbete n. 284 da Súmula do STJ superado. Agravo não conhecido.

1. "É inviável o agravo do art. 545 que deixa de atacar especificamente os fundamentos da decisão agravada". Verbete n. 182, da Súmula-STJ.

2. O dissídio jurisprudencial não restou caracterizado, tendo em vista que o acórdão colacionado como paradigma, publicado em 1975, além de não refletir entendimento atual, não está fundamentado nas mesmas premissas que o aresto recorrido; de fato, o Tribunal *a quo* decidiu a questão sob a ótica da Lei n. 10.931, de 2 de agosto de 2004, circunstância ausente no julgado paradigma.

3. Ademais, o entendimento da Corte de origem está em consonância com recente jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual, na vigência da Lei n. 10.931/2004, a purgação da mora não está mais condicionada ao pagamento de 40% do valor financiado, uma vez que "sob o novo regime, cinco dias após a execução da liminar, a propriedade do bem fica consolidada com o credor fiduciário. Todavia, no § 2º autorizou a nova redação que o devedor naquele prazo de cinco dias pague a integralidade da dívida, o que quer dizer a dívida segundo os valores apresentados pelo credor fiduciário na inicial, 'hipótese na qual o bem lhe será restituído livre do ônus'. Ora, com isso, de fato, fica superada a Súmula n. 284 da Corte alinhada à redação anterior do § 1º do art. 3º" (REsp n. 767.227, Terceira Turma, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ 13.2.2006).

> 4. Agravo não conhecido. (AgRg no Ag n. 772.797-DF, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, 4ª Turma, *DJ* 6.8.2007)
>
> Ação de busca e apreensão. Decreto-Lei n. 911/1969 com a redação dada pela Lei n. 10.931/2004.
>
> 1. Com a nova redação do art. 3º do Decreto-Lei n. 911/1969 pela Lei n. 10.931/2004, não há mais falar em purgação da mora, podendo o credor, nos termos do respectivo § 2º, "pagar a integralidade da dívida pendente, segundo os valores apresentados pelo credor fiduciário na inicial, hipótese na qual o bem lhe será restituído livre do ônus".
>
> 2. Recurso especial conhecido e provido, em parte. (REsp n. 767.227-SP, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, 3ª Turma, *DJ* 13.2.2006)

No mesmo sentido, as seguintes decisões monocráticas: REsp n. 1.203.889- MG, Rel. Sidnei Beneti, *DJe* 16.9.2010; REsp n. 1.193.657-RS, Rel. Min. João Otávio de Noronha, *DJe* 25.8.2010; Ag n. 1.275.506, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, *DJe* 24.8.2010; REsp n. 1.194.121-SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, *DJe* 23.8.2010; REsp n. 1.197.255-MS, Rel. Min. Massami Uyeda, *DJe* 13.8.2010.

Diante do novo texto legal, fica nítido que, nos contratos celebrados após a vigência da Lei n. 10.931/2004 - pois esta não pode retroagir para atingir pretensão de direito material relativa à relação contratual anterior à sua vigência (RE n. 205.999, Relator(a): Min. Moreira Alves, Primeira Turma, julgado em 16.11.1999, DJ 3.3.2000 pp-00089 Ement vol-01981-05 pp-00991) -, compete ao devedor, no prazo de 5 (cinco) dias da execução da liminar, pagar a integralidade da dívida, entendida esta como o montante apresentado e comprovado pelo credor fiduciário na inicial.

Esse é também o entendimento defendido por Humberto Theodoro Júnior:

> O devedor só escapa da busca e apreensão pagando o valor integral do saldo do contrato, e isto haverá de acontecer nos primeiros dias após a execução da liminar. A exigência da lei nova, no entanto, não deve ser aplicada à purgação requerida ainda na vigência da norma antiga, visto que o tema da mora e sua emenda pertencem ao direito material e não ao processual. O efeito imediato que alcança os processos em curso, diz respeito apenas às normas processuais. O direito material já exercido não pode ser afetado por eficácia retroativa de lei superveniente. É indiferente que o deferimento do depósito tenha ocorrido já na vigência da lei nova, se a pretensão tiver sido exercida antes dela. (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil:* procedimentos especiais. 43 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, vol. 3, p. 575 e 576)

Nesse mesmo sentido, é o seguinte precedente do STJ:

Direito Bancário. Pedido de busca e apreensão. *Requerimento de purgação da mora formulado, pelo devedor, à época em que o DL n. 911/1969 vigia com sua redação original,* que estabelecia, como requisitos para a purgação, o depósito das parcelas vencidas consoante cálculo do contador judicial. Apreciação de tal pedido promovida pelo juízo somente meses após sua formulação, momento em que o DL n. 911/1969 já fora alterado pela Lei n. 10.931/2004, que estabeleceu, para a purgação da mora, o depósito de toda a dívida. Impossibilidade de aplicação da lei nova para decisão de pedido formulado quando vigente a lei antiga.

- *A norma que disciplina a purgação da mora tem conteúdo de direito material, não de direito processual.* Vale dizer, na hipótese em que o devedor exerce o direito à purgação da mora, é restabelecida a vigência do contrato, retirando-se do credor a faculdade de promover sua rescisão por inadimplemento.

- A alteração da Lei quanto aos requisitos da purgação da mora não pode impedir o deferimento de pedido já formulado pela parte, com observância das exigências fixadas na lei anterior.

Recurso especial a que se nega provimento.

(REsp n. 904.752-MG, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 20.10.2009, DJe 11.11.2009)

10. Assim, a tese a ser firmada para efeito do art. 543-C do Código de Processo Civil, que ora encaminho, é a seguinte:

"Nos contratos firmados na vigência da Lei n. 10.931/2004, compete ao devedor, no prazo de 5 (cinco) dias após a execução da liminar na ação de busca e apreensão, pagar a integralidade da dívida - entendida esta como os valores apresentados e comprovados pelo credor na inicial -, sob pena de consolidação da propriedade do bem móvel objeto de alienação fiduciária".

11. No caso, dou provimento ao recurso especial para estabelecer que, sob pena de consolidação da posse e propriedade do bem móvel objeto de alienação fiduciária, compete ao devedor pagar a integralidade da dívida, entendida esta como os valores apresentados e comprovados pelo credor fiduciário na inicial.

É como voto.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Buzzi: *Inicialmente, sobreleva deixar assente que, a partir do julgamento do REsp n. 1.287.402-PR (Relator Ministro* ***Marco Buzzi,*** *Relator p/Acórdão Ministro* ***Antonio Carlos Ferreira,*** *julgado em 3.5.2012, DJe 18.6.2013), em que a Quarta Turma, por maioria de votos, perfilhou o posicionamento de que, "decorrido o prazo de cinco dias, contados da execução da liminar, cabe ao devedor efetuar o pagamento da integralidade do débito remanescente (parcelas vencidas e vincendas) para fins de obter a restituição do bem livre de ônus", este*

subscritor passou a adotar a aludida orientação, atento à função uniformizadora desta Corte de Justiça, procedendo-se à ressalva de seu entendimento pessoal sobre a questão.

Do mesmo modo em que se procedeu naquela oportunidade, este signatário consigna que, tanto o teor do artigo 2º, § 3º, do Decreto-Lei n. 911/1969, que faculta ao credor fiduciário considerar antecipadamente vencida a totalidade da dívida em caso de mora, quanto o prescrito no artigo 3º, §§ 1º e 2º, que possui previsão no sentido de que o devedor fiduciante poderá pagar a integralidade da dívida pendente, devem ser interpretados a bem da preservação do contrato de adesão firmado pelas partes, já que a norma não veda expressamente a purgação da mora, ou se preferir, o resgate do débito pendente.

Tal ponderação milita em dar ênfase aos direitos do consumidor (art. 5º, XXXII, da CF), mormente no caso sob análise, em que o devedor (parte vulnerável) se dispõe ao pagamento do débito vencido e não pago, a fim de preservar a avença, restando, portanto, resgatadas a função social do contrato e a boa-fé objetiva que devem respaldar tais negócios jurídicos.

Frise-se que procede de interpretação normativa e não de disposição expressa de lei, o entendimento que obriga o devedor fiduciante ao pagamento da integralidade do saldo devedor por força do vencimento antecipado decorrente da mora, vez que o texto legal estabelece uma faculdade ao credor fiduciário em considerar antecipadamente vencido o contrato, o que não impede ou afasta a interpretação dos dispositivos legais já mencionados em favor da parte vulnerável da relação, como exige o estatuto consumerista, no sentido de possibilitar e preservar a continuidade da relação contratual, nos casos em que evidenciado o pagamento das parcelas em atraso no prazo estabelecido no § 1º do art. 3º do Decreto-Lei n. 911/1969.

Com o devido e máximo respeito, sufraga-se que o entendimento ora esposado por esta Corte, acerca do tema em foco, não se mostra compatível com a principiologia exergética que orienta nosso sistema, porquanto confere interpretação extensiva ao artigo 3º, §§ 1º e 2º, do Decreto-Lei n. 911/1969, com a redação dada pela Lei n. 10.931, de 2 de agosto de 2004, fazendo presumir que, para a purgação da mora exigir-se-ia o pagamento integral do saldo devedor do mútuo, e não o resgate da integralidade da *dívida pendente*, até então.

Confira-se:

> "Art. 56. O Decreto-Lei n. 911, de 1º de outubro de 1969, passa a vigorar com as seguintes alterações:
>
> Art. 3º (...)
>
> § 1º Cinco dias após executada a liminar mencionada no *caput*, consolidar-se-ão a propriedade e a posse plena e exclusiva do bem no patrimônio do credor fiduciário, cabendo às repartições competentes, quando for o caso, expedir novo certificado de registro de propriedade em nome do credor, ou de terceiro por ele indicado, livre do ônus da propriedade fiduciária.

> § 2º No prazo do § 1º, *devedor fiduciante poderá pagar a integralidade da dívida pendente*, segundo os valores apresentados pelo credor fiduciário na inicial, hipótese na qual o bem lhe será restituído livre do ônus. [...] (grifo nosso)

A redação do mencionado artigo refere-se à ***dívida pendente***, não elucidando tratar-se da *dívida em aberto até o momento do pagamento*, ou da *integralidade do valor de todo o financiamento*, mostrando-se exacerbado considerar legítima apenas esta última hipótese, porquanto tal interpretação não se coaduna com o ânimo do ordenamento jurídico pátrio, o qual acolheu o estatuto consumerista, que é voltado ao amparo da parte mais vulnerável da relação material, além de defender, como já dito, a opção pela preservação do contrato.

Com efeito, no caso em julgamento, a interpretação no sentido de que tal preceito exige o pagamento da integralidade do débito, reputando vencido antecipadamente o contrato, somente é viável a partir da conjugação do dispositivo antes transcrito com o texto do § 3º do artigo 2º do DL n. 911/1969 assim redigido:

> A mora e o inadimplemento de obrigações garantidas por alienação fiduciária, ou a ocorrência legal ou convencional de algum dos casos de antecipação de vencimento da dívida, *facultarão ao credor considerar, de pleno direito, vencidas todas as obrigações contratuais*, independentemente de aviso ou notificação judicial ou extrajudicial. (grifo nosso)

Pela simples leitura do dispositivo acima transcrito, tem-se que o DL n. 911/1969 consagra um direito potestativo ao credor fiduciário, facultando-lhe, segundo a *sua conveniência*, considerar vencidas todas as parcelas alusivas a obrigação contratual.

Sem embargo, essa faculdade não pode ser levada a termos absolutos, pois que não só ela, como qualquer outra obrigação ou direito contratual, encontra limites e deve ser exercida nos termos da boa-fé objetiva, prevista implicitamente no artigo 4º, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor, e de forma explícita no artigo 422 do Código Civil de 2002.

Como é cediço, a função social do contrato, conforme está no art. 421 do Código Civil, constitui cláusula geral, que reforça o princípio da conservação do contrato, assegurando trocas justas e úteis às partes.

Ora, é de sabença que um dos deveres anexos, oriundo do princípio da boa-fé objetiva, consagra aos participantes do negócio jurídico, precisamente, o *dever de cooperação* e de *lealdade*.

Afinal, não é outro o interesse consagrado na contratação, que não o da plena realização exitosa do ajustado, a bem de todos os integrantes do pactuado.

Ademais, em se caracterizando como de adesão o contrato de mútuo com garantia de alienação fiduciária, no qual incidente os pressupostos da legislação consumerista (Súmula n. 297-STJ), cabível a aplicação do comando legal inserto no art. 54, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor, que confere ***ao consumidor a escolha*** sobre a ***resolução do contrato*** ou o ***cumprimento da avença***, de modo a se reconhecer como abusiva qualquer norma que dite solução contrária, a exemplo de vencimento antecipado do contrato.

Ainda que o § 2º, do art. 3º, do DL n. 911/1969, com a nova redação dada pela Lei n. 10.931/2004, aparente estar em conflito com o § 2º, do art. 54, do CDC, este último dispositivo, embora aquele seja considerado lei específica, se sobrepõe, em face da regra principiológica presente no CDC, de que não se aplica o princípio da especialidade.

Outrossim, é necessário ressaltar que o vencimento antecipado do contrato mostra-se cabalmente prejudicial ao próprio credor, porquanto, face ao disposto no artigo 1.426 do Código Civil, vencida antecipadamente a dívida, não se incluirão os juros correspondentes ao tempo ainda não decorrido. Tal entendimento é inclusive corroborado pelo que dispõe o artigo 52, § 2º, da Lei n. 8.078/1990, que assegura ao consumidor a liquidação antecipada do total do débito, mediante redução proporcional dos juros.

Desta forma, desde que o devedor arque com o pagamento das prestações vencidas, acrescidas dos acessórios contratuais, nos termos do que estabelece também o artigo 401, I, do Código Civil, falece razão plausível para dele se exigir ainda mais, mesmo porque *cobrar a integralidade do valor contratado*, de forma insofismável, *torna impossível o cumprimento da obrigação*. Ressalte-se que, do contrário, o mutuário não haveria contraído um financiamento com o objetivo de adquirir determinado produto, comprando-o à vista, para não ter de arcar com os elevados juros cobrados em nosso país.

Não bastasse isso, convém gizar que toda a sistemática de nosso ordenamento jurídico é voltada à conservação do contrato, de modo a fomentar a economia e proporcionar segurança jurídica às partes, valendo mencionar como exemplo claro desse intuito, os artigos 144, 150, 157, § 2º, 167, *caput*, 170, 172, 184 e 401 do Código Civil de 2002 e 51, § 2º do Código de Defesa do Consumidor.

Logo, convém muito mais aos anseios de nosso sistema jurídico a subsistência do contrato do que a sua extinção anormal, até porque só assim estará ele atingindo sua finalidade social, nos termos do preceituado no artigo 421 do Código Civil.

Assim, seja pela incidência do dever de cooperação e lealdade entre as partes, seja pelo direito do devedor purgar a mora, ou, ainda, pelo princípio da conservação dos contratos, deve ser procedida interpretação sistemática dos artigos 3º, § 2º e 2º, § 3º, do DL n. 911/1969, entendendo-se que a faculdade da credora dar por vencida a integralidade da dívida fica condicionada ao exame do caso concreto. E, para tanto, caberá à instituição financeira apontar *motivo plausível* ao pronto encerramento do contrato, indicando razões, por

exemplo, que alcancem risco à integridade do próprio bem ou lesão latente parte, hipóteses não contempladas no caso. Do contrário, deve ser admitido o pagamento das parcelas vencidas até a respectiva data, de modo a possibilitar a continuidade do contrato.

Deste modo, não se descura do entendimento desta Corte acerca da legitimidade do vencimento antecipado do contrato, porém tal somente se verifica para a constituição em mora do devedor, desautorizando, como regra, a cobrança *in totum* do preço financiado e não pago.

A despeito da compreensão sobre a questão acima exarada, este subscritor, levando-se em conta a função uniformizadora deste Superior Tribunal de Justiça, adere integralmente ao entendimento que se sagra vencedor, agora também em sede de recurso repetitivo, reproduzido na seguinte tese:

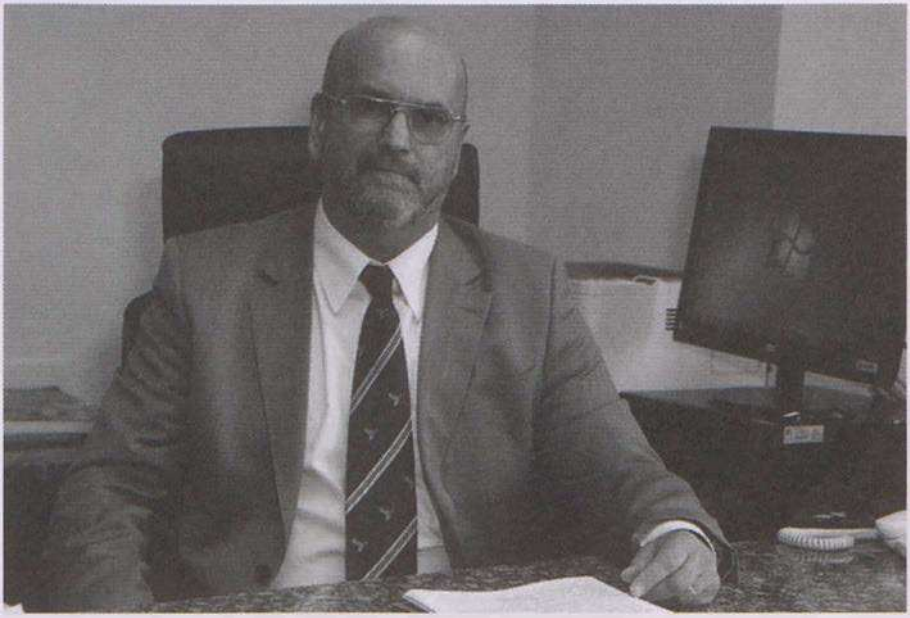
> *Nos contratos firmados na vigência da Lei n. 10.931/2004, compete ao devedor, no prazo de cinco dias após a execução da liminar na ação de busca e apreensão, pagar a integralidade da dívida - entendida esta como os valores apresentados e comprovados pelo credor na inicial -, sob pena de consolidação da propriedade do bem móvel objeto de alienação fiduciária.*

Assim, dou provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Relator.

É como voto.

NOTICIÁRIO

ALEXANDRE ARARIPE MARINHO ASSUME INTERINAMENTE A PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA



O Procurador de Justiça Alexandre Araripe Marinho assumiu interinamente a Procuradoria-Geral de Justiça, a partir do dia 8 de outubro de 2014, em substituição ao Procurador-Geral de Justiça Marfan Martins Vieira, que se desincompatibilizou do cargo para concorrer à eleição para a formação da lista tríplice destinada ao provimento do cargo de Chefe da Instituição para o biênio 2015-2017.

Alexandre Araripe Marinho ingressou na carreira do Ministério Público em 1983 e atualmente integra o Conselho Superior da Instituição, do qual é o membro eleito mais antigo, posição que o credencia a substituir o Procurador-Geral de Justiça, nos termos do inciso II do §1º do art. 20 da Lei Complementar 106/2003 (Lei Orgânica do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro).

Marfan Martins Vieira permaneceu afastado por dois meses, mais especificamente até o dia 8 de dezembro de 2014, data da eleição para a composição da referida lista tríplice.



MARFAN MARTINS VIEIRA É O MAIS VOTADO EM ELEIÇÃO PARA A FORMAÇÃO DA LISTA TRÍPLICE PARA A ESCOLHA DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA



Marfan Martins Vieira foi o candidato mais votado na eleição para a formação da lista tríplice para a escolha do Procurador-Geral de Justiça, realizada no dia 8 de dezembro. Ele obteve 707 votos (79,43% do total) e, o Promotor de Justiça Alberto Flores Camargo, 150. Entre os 909 membros ativos habilitados a participar do sufrágio, 616 depositaram a cédula diretamente na urna instalada no auditório do edifício-sede do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, enquanto 274 enviaram seus votos pelo correio.

Os membros do Ministério Público podiam votar nos dois concorrentes. Houve 20 votos brancos e 37 nulos.

Os nomes dos candidatos serão encaminhados, no dia 1º de janeiro de 2015, ao Governador do Estado, Luiz Fernando Pezão, que terá 15 dias para assinar a nomeação. Caso não o faça dentro do prazo legal, o mais votado será investido automaticamente no cargo.

A posse do Procurador-Geral de Justiça será realizada em sessão solene do Órgão Especial do Colégio de Procuradores de Justiça. O mandato é de dois anos.



O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO PRESTA HOMENAGENS NO DIA NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO



O Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro homenageou, no dia 12 de dezembro, membros da Instituição, magistrados e personalidades com o Colar do Mérito do Ministério Público e, os servidores da Instituição, com a Medalha Annibal Frederico de Souza. A cerimônia foi realizada em sessão solene do Órgão Especial do Colégio de Procuradores de Justiça, no auditório do edifício-sede da Procuradoria-Geral de Justiça, em comemoração ao Dia Nacional do Ministério Público.

A solenidade teve início com a execução do Hino Nacional Brasileiro pela banda da Polícia Militar. Em seguida, o Procurador-Geral de Justiça, Marfan Martins Vieira, abriu a sessão solene e proferiu rápido discurso. Posteriormente, os agraciados foram chamados para receber, um a um, as honrarias das mãos do Chefe da Instituição.

O Colar do Mérito do Ministério Público foi concedido ao Procurador de Justiça José Roberto Paredes; ao Presidente da Associação do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (AMPERJ), Promotor de Justiça Luciano Oliveira Mattos de Souza; ao Conselheiro Nacional do Ministério Público, Luiz Moreira Gomes Júnior; à Desembargadora do Tribunal de Justiça Leila Maria Rodrigues Pinto de Carvalho e Albuquerque; ao Presidente do Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB), advogado Técio Lins e Silva; e ao Vice-Presidente Jurídico da Oi/Brasil Telecom, Eurico de Jesus Teles Neto.

A comenda é a maior honraria concedida pela Instituição e seguiu o critério de contemplar um nome de cada uma das seguintes categorias: Procurador de Justiça, Promotor de Justiça, referência no Ministério Público Nacional, Magistrado, advogado e pessoa da sociedade civil.

Na solenidade, cinco servidores que prestaram relevantes serviços à Instituição foram agraciados com a Medalha Annibal Frederico de Souza. São eles: as Gerentes de Suporte ao Conselho Superior e ao Colégio de Procuradores de Justiça, respectivamente, Dayane Nogueira Monte e Marina da Silva Sodré; o Assessor da Diretoria de Recursos Humanos, André Oliveira Herdy da Silva; e dois profissionais que se destacaram na preparação do XXXIII Concurso para ingresso na carreira no Ministério Público, que já haviam recebido menção honrosa do Conselho Superior, Fábio Gomes Palermo e Sabrina de Almeida Correa. O Secretário de Planejamento e Finanças do MPRJ, Marcelo Vieira de Azevedo, também foi distinguido com a honraria, mas não pôde comparecer à cerimônia.

Após a entrega das comendas, o Conselheiro Luiz Moreira Gomes Júnior discursou em nome de todos os homenageados.

Integraram a mesa diretora dos trabalhos o Conselheiro Nacional do Ministério Público Jarbas Soares Júnior; a Subcorregedora-Geral do Ministério Público Márcia Álvares Pires Rodrigues; o Presidente da Cooperativa de Economia e Crédito Mútuo dos Integrantes do MPRJ, Luiz Antônio Ferreira de Araújo; o representante da Associação Nacional dos Membros do Ministério Público, Marcelo Lima de Oliveira; o Deputado Federal mineiro Fábio Ramalho; e o Deputado Estadual fluminense Janio Mendes.

Índice Alfabético-Remissivo

A

Ação
civil pública
23, 187, 190, 214, 265, 268-271
coletiva de greve
181-185, 187-190, 192
direta de inconstitucionalidade
218-219, 306, 376
penal
7-8, 13, 16-17, 136, 164, 310, 312, 340-341, 344, 350-351, 356, 358, 361, 363
rescisória
183, 265-267, 271-273, 348-350, 352, 362

Acesso à informação
207, 209, 388

Adoção por tio-avô
319

Alienação fiduciária
441-446, 451, 455-456, 459-461, 464, 466-468

Arguição de descumprimento de preceito fundamental
376

Arguição de inconstitucionalidade
281-282, 372-373, 380, 406

Associações para o tráfico
307

Ato(s) normativo(s)
111, 130, 134, 182, 211-212, 218-219, 221, 282, 245

Autonomia
institucional
212, 216
privada
141, 143-144, 146-147, 454

C

Carta Magna
114, 281-282, 284-285, 350, 369

Censura
23, 80, 93-95, 100, 103-104

Cláusula de Reserva de Plenário
281

Competência
43, 63, 157, 159, 183-185, 190, 195, 213, 215, 231, 234, 236, 265, 277, 281-282, 284-286, 288, 290-291, 294-296, 303-304, 329, 343, 375, 396-397, 399-400, 408, 442, 455

Competência da União
43, 281, 286, 288, 304

Compulsoriedade
249

Condenação do Ministério Público ao pagamento de custas processuais
265

Contratos
51, 141-144, 441, 443-445, 447, 449, 451, 454, 456, 458-459, 463-464, 467-468

Controle concentrado
211-212, 218-219, 293, 400

Crime organizado horizontalmente
307

D

Decisão judicial
63, 152, 169-170, 175, 186, 243, 267, 272, 421-422, 424-425, 427-432, 440

Declaração de inconstitucionalidade
157, 161, 275, 282, 294, 396, 400, 403

Desaparecimento
33, 40, 48

Designações
57

Devido processo legal
127, 237, 398, 442, 447

Dignidade da pessoa humana
33, 45-47, 52, 110, 121, 141-144, 154, 202, 221, 240, 328, 333, 336

Direito Administrativo
60, 121, 257, 258

Direito
brasileiro
53, 60, 109, 115, 120, 123, 131, 219-221, 229, 260, 346
civil contemporâneo
141
de liberdade
33, 49, 51, 133
judicial
193-198, 202-203
penal
3, 25, 112, 120-121, 127, 133, 139-140, 294, 304, 342, 345-346, 411
positivo
59, 63, 74-75, 83, 87, 89, 115-17, 347, 380-381, 386
privado
80, 86, 142, 145-146, 452, 455
tributário
371, 374, 394

E

Exercício do poder de polícia
281, 284-285

I

Imparcialidade
24, 156, 164, 175, 234, 244, 251-253, 259

Imprensa
75, 93, 162-164, 171, 291, 296

Improbidade administrativa
165

Inconstitucionalidade
69, 119, 125, 130-132, 135-136, 157, 161, 195, 198, 211, 218-219, 221, 238, 247-248, 275-277, 279, 281, 282, 283, 286-289, 292-294, 297, 300, 303-304, 306, 372-373, 376, 378-379, 380, 385, 389, 393, 396-398, 400, 403-406

Indireto
159

Informação
38-40, 47, 51, 93, 95-96, 207-209, 230, 236, 260, 289, 388

Infração penal
35, 125-126, 311, 413

Inquérito policial
35

Interesse(s)
regional ou local
211
coletivos
22-23, 142
individuais
142-144
transindividuais
19, 22-24

Internet
39-40, 44, 93-108, 162, 176, 179, 298, 388

Interpretação
42, 57, 61, 63, 65-66, 68, 71-72, 75, 77-79, 82, 90, 92, 121-123, 125-126, 128-131, 135, 145-146, 150, 152, 156, 163-164, 174, 182, 187, 191, 194, 196, 198, 201-202, 212, 219, 221-222, 248, 259, 267, 270-271, 293, 300-301, 308, 319, 327-329, 332-333, 359, 372, 374-376, 378-381, 390, 392-400, 404, 406-408, 416, 418, 438, 444-447, 453, 457, 465-467

Intervenção
4, 10, 26, 41, 134-135, 160, 163, 194, 226, 249, 256, 285, 308-309, 332, 429, 448-449

J

Jurisprudência
4, 59, 66, 68-69, 74-77, 113, 126-127, 143, 161, 163, 173, 181, 184, 194, 197, 202-203, 213, 215, 217-218, 220, 266-268, 271, 323-325, 337, 339, 354, 360, 365, 367, 369, 377-383, 385, 389, 392, 395, 397-398, 402-405, 411, 421, 439 443, 445-446, 449, 458, 462

L

Legalidade
21-24, 50, 74, 127, 143, 146, 150, 183, 186-187, 192, 200, 322, 328, 398

Legislador
21, 48, 58-59, 64, 67, 82, 121, 129, 133-134, 136-137, 139, 144, 147, 149-150, 194-196, 201, 226, 245, 247, 249, 279, 292, 300, 303, 305-306, 316, 324, 332-333, 335, 348, 375, 383-384, 387, 389, 395, 399, 405, 407-408, 416, 418, 429, 444, 446-447, 454-455

Legislador ordinário
21, 149, 300, 333, 418

Legitimidade ativa
211-212, 214-216, 218-219, 221, 288, 293, 347

Lei
anterior
126, 386-387, 408, 464
complementar
181, 215, 275-277, 279, 284, 371, 374, 385-386, 404, 406, 408, 471
impugnada
275-297, 300

M

Mediação
184, 225-261

Meio ambiente
19, 22-23, 142, 152, 268, 270

Ministério Público
3-12, 15-18, 20-27, 33-34, 36, 39, 42, 48, 52, 66, 125, 128, 139, 181, 190, 192, 194, 211-216, 218, 220-222, 227, 242, 265-273, 281-283, 286-287, 297, 306-307, 310, 312, 315, 319, 322, 336, 340, 344, 345, 347, 351, 353-354, 357, 361, 363, 365, 373, 411-414, 418, 426, 429, 448, 471, 473, 475-476

Moralidade
45, 118

N

Navegação marítima
281, 284-286

Negócio jurídico
237, 425-426, 428, 430-431, 434, 447, 459, 466

O

Ordem
jurídica
47, 58-59, 61, 69, 115-116, 127, 129, 135, 211, 227, 231, 236-238, 258, 277, 288, 292
pública
68, 141, 143-146, 148, 245, 248, 271, 290, 295, 304, 344, 358

Ordenamento
brasileiro
94, 149-150, 225
jurídico
3, 19, 24, 38, 61, 64, 82, 145-146, 185, 203, 213, 218, 242, 289-290, 293, 295, 387, 394, 447, 455, 458-459, 466-467

Órgão ministerial
269

P

Paciente
37, 339-346, 350, 352, 353, 356, 357, 358, 360, 363, 365-366, 418

Pena
12, 16, 60, 125, 126-128, 130, 132-133, 135-137, 147, 150, 186, 188, 190-192, 213, 242, 252, 254-255, 267, 273, 282, 300, 303, 305, 311-312, 316, 323-324, 340, 342-344, 346, 349-352, 355-358, 361-362, 364, 373, 384, 412-413, 415-419, 423, 441, 448, 451, 456, 464, 468

Penalidade
382, 404

Poder Judiciário
24, 126, 135-137, 154, 171, 175, 193, 195, 199, 201, 212, 216, 219, 228, 232-234, 237, 240, 242-243, 247, 367, 369-370, 379-381, 406, 425, 427, 429, 431, 456

Princípio
da autonomia
146, 235
da função social
141, 143-144, 447

Procurador-Geral
da República
164, 211, 213, 215-216, 218-220
de Justiça
211, 275, 289, 471, 473, 475

Produção da prova
270

Projeto de lei
67, 105, 160, 227, 276-277, 279, 454

Proporcionalidade da pena
125-126

R

Recurso especial
47, 49, 128, 138, 211, 214-217, 269-270, 324-325, 334, 339-340, 350-351, 356, 366, 393, 411-415, 419, 421-423, 425-427, 438-439, 441-443, 448, 450, 455, 459-461, 463-464, 468

Representação de inconstitucionalidade
275, 277, 287, 293, 304

Responsabilidade civil
51, 53, 63, 255, 324

Revisão criminal
341, 346-347, 350, 362

Revogação
350, 398

S

Sistema jurídico
35, 44, 58, 60, 64, 66-67, 71, 74, 83, 92, 110, 114, 134, 136, 143, 150, 182, 194, 196, 201, 327, 332, 334, 452, 467

Supremo Tribunal Federal
127, 138-139, 161-164, 177, 180-181, 184, 188, 190-192, 203, 214-216, 218, 269, 271, 290, 295, 339, 350, 356, 367, 372-373, 382, 385, 396, 398, 405, 411-412, 414, 417-418

T

Texto constitucional
17, 135, 144, 149, 181, 198, 211, 277, 291, 294, 296, 300, 302, 305, 374, 384, 396

Titularidade
151, 374

Tráfico de drogas
307, 312, 342, 411-413, 415, 418

Transporte coletivo
415, 419

Tribunal de Contas
211

Tributos
371, 373, 377-379, 386-387, 391, 403, 405, 408

Tutela coletiva
187.

U

União
25, 27, 43, 98, 137-138, 141, 153, 165,

167, 179, 199, 211-213, 216, 231, 281, 284-286, 288, 294, 304, 321, 323, 333, 371-372, 378, 380, 388-389, 393-394, 400-401, 410, 441, 443

V

Violação ao princípio da gestão democrática
275

Violência
40, 232, 242-243, 291, 296, 300

Vítima
35, 136, 232, 242, 339, 341, 358

Vontade popular
155-158, 176, 195, 200

Vulnerabilidade
37, 142

Esta obra foi produzida nas
oficinas da Exímia Gráfica e Editora na
cidade do Rio de Janeiro