



REVISTA JURÍDICA DA UFRN
inverbis

COMISSÃO EDITORIAL

Presidente

Albert Barcessat Gabbay

Membros

João Paulo Monte N. Bezerra
Layz Dayanne Medeiros Souza
Maria Augusta M. de A. Xavier
Vanessa Pinto Maia
Victor Scarpa de A. Maranhão

Colaboradores

José Vinícius Leite de Queiroz
Maria Luiza Gazzaneo Cabral
Marianny Barreto Fernandes
Priscilla Maria Coutinho Medeiros de Luna
Thais Parente Neiva Gomes

CONSELHO EDITORIAL

Anderson Souza da Silva Lanzillo
Andreo Aleksandro Nobre Marques
Anna Emanuella Nelson dos Santos Cavalcante da Rocha
Artur Cortez Bonifácio
Diogo Pignataro de Oliveira
Edilson Pereira Nobre Júnior
Elke Mendes Cunha
Érika Verícia Canuto de Oliveira Veras
Fabiano André de Souza Mendonça
Fábio Wellington Ataíde Alves
Fabrício Germano Alves
Francisco Barros Dias
Henrique Baltazar Vilar dos Santos
Igor Alexandre Felipe de Macedo
Ivan Lira de Carvalho
Jahyr-Philippe Bichara
Leonardo Martins
Luciano Athayde Chaves
Luiz Alberto Gurgel de Faria
Madson Ottoni de Almeida Rodrigues
Marcelo Navarro Ribeiro Dantas
Marco Bruno Miranda Clementino
Marcus Aurélio de Freitas Barros
Maria do Perpétuo Socorro Wanderley de Castro
Mariana de Siqueira
Morton Luiz Faria de Medeiros
Otacilio dos Santos Neto
Patrícia Borba Villar Guimarães
Paulo Renato Guedes Bezerra
Raoni Macedo Bielschowsky
Ricardo Tinóco de Góes
Ronaldo Pinheiro Queiroz
Rodrigo Telles de Souza
Victor Rafael Fernandes Alves
Vladimir da Rocha França
Xisto Tiago de Medeiros Neto
Walter Nunes da Silva Júnior
Yanko Marcus de Alencar Xavier
Yara Maria Pereira Gurgel

REVISTA JURÍDICA IN VERBIS

Publicação Semestral dos Acadêmicos do Curso de Direito
da Universidade Federal do Rio Grande do Norte

Reitora

Ângela Maria Paiva Cruz

Vice-Reitora

Maria de Fátima Freire de Melo Ximenes

CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS

Diretora

Maria Arlete Duarte de Araújo

Vice-Diretor

José Dionísio Gomes da Silva

Coordenadora do Curso de Direito

Ana Beatriz Ferreira Rebello

Chefe do Departamento de Direito Público

Yanko Marcus De Alencar Xavier

Chefe do Departamento de Direito Privado

Jair Eloi de Souza

Coordenador da In Verbis Extensão

Xisto Tiago de Medeiros Neto

Coordenador da In Verbis Pesquisa

Raoni Macedo Bielschowsky

DIAGRAMAÇÃO

Hélder Souza de Lima

REVISÃO

Comissão Editorial da Revista Jurídica In Verbis

TIRAGEM

480 Exemplares

Solicita-se permuta.

Pídese canje.

On demande l'échange.

Si richiede lo scambio.

We ask for exchange.

Wir bitten um austausch.

**Revista Jurídica In Verbis / Publicação semestral dos Acadêmicos
do Curso de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do
Norte. – Ano 17, n. 32 (jul./ago. 2012).**

Semestral

ISSN 1413-2605

**1. Direito – Periódicos. I. Universidade Federal do Rio Grande do
Norte. Centro de Ciências Sociais Aplicadas - CCSA/UFRN**

CDU - 34

**Comissão Editorial da Revista Jurídica In Verbis
Universidade Federal do Rio Grande do Norte - Espaço Integrado CAAC - In Verbis
Av. Senador Salgado Filho, 3.000 - Setor I - Curso de Direito
Campus Universitário - Lagoa Nova - Natal/RN - CEP 59072-970
Home Page: www.inverbis.com.br
E-mail: contato@inverbis.com.br**

**Os artigos assinados são de exclusiva responsabilidade dos autores. É permitida a
reprodução total ou parcial dos artigos desta Revista, desde que citada a fonte.**

Sumário

EDITORIAL	05
------------------------	-----------

A AÇÃO DE ADJUDICAÇÃO COMPULSÓRIA E ALGUMAS DIVERGÊNCIAS ACERCA DO SEU PROCEDIMENTO	09
--	-----------

Paula Kareninne de Brito Bezerra

A APLICABILIDADE DO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS NO SISTEMA PROCESSUAL BRASILEIRO	25
--	-----------

Daphne Caroline de Araújo Lopes

A INADMISSIBILIDADE DA PEC 37/11: UMA ANÁLISE PELA DEFESA DO PODER INVESTIGATÓRIO CRIMINAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO	39
---	-----------

Ana Beatriz Fernandes Coelho Chagas

AS CLÁUSULAS ABUSIVAS MAIS RECORRENTES NOS CONTRATOS IMOBILIÁRIOS E OS POSSÍVEIS MECANISMOS DE PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR	61
--	-----------

Alex Humboldt de Souza Ramos

Deusdeth Batista de Araújo Junior

EXECUÇÃO PENAL: UMA REFLEXÃO SOBRE A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS DAS MULHERES PRESAS	77
---	-----------

Alexandra Silva de Lima

FLEXIBILIZAÇÃO DAS LEIS TRABALHISTAS	97
---	-----------

Luiz de Almeida

Yara Maria Aparecida Gurgel

IMPOSSIBILIDADE DE CONFIGURAÇÃO DO CRIME DE DESOBEDIÊNCIA EM FACE DO ARBITRAMENTO DE MULTA DIÁRIA PARA O CUMPRIMENTO DA TUTELA ESPECÍFICA 117

Talita Nunes Maciel Silva

O DIREITO PENAL COMO INSTRUMENTO POLÍTICO DE MANUTENÇÃO DO PODER 135

Caroline Caldas Correia

O INFRUTÍFERO DISSENSO SOBRE A RECEPÇÃO DO MODELO DE CONCESSÃO DA GRATUIDADE JUDICIÁRIA 147

Víctor Marinho Fernandes de Freitas

O PRINCÍPIO DA DEMANDA E AS MITIGAÇÕES À CONGRUÊNCIA AO PEDIDO EM FACE DO NOVO PROCESSO CIVIL 169

Laura Maria Pessoa Batista Alves

Gabriel Dantas Villarim

OS COMPORTAMENTOS CARACTERIZADORES DO ASSÉDIO MORAL E SEUS ELEMENTOS DE DEGRADAÇÃO DAS CONDIÇÕES DO AMBIENTE LABORAL 191

Lauro Ericksen Cavalcanti de Oliveira

RESSARCIBILIDADE DO DANO MORAL POR ABANDONO AFETIVO NO CENÁRIO DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL 207

Richardy Videnov Alves dos Santos

ARTIGO CONVIDADO: A EFICÁCIA TEMPORAL DAS SENTENÇAS QUE RECONHECEM A INCONSTITUCIONALIDADE: NULIDADE OU ANULABILIDADE DA LEI INCONSTITUCIONAL? 229

Andreo Aleksandro Nobre Marques

CARACTERÍSTICAS GERAIS DO DIREITO (ESPECIALMENTE DO DIREITO INTERNACIONAL) NO LIMAR DO TERCEIRO MILÊNIO 267

Luiz Flávio Gomes

Valerio de Oliveira Mazzuoli

REGRAS DE PUBLICAÇÃO PARA A PRÓXIMA EDIÇÃO.....301

Editorial

A Comissão Editorial da Revista In Verbis tem a satisfação de lançar a sua 32ª edição, que, além de mais um volume de um simples periódico conjecturado unicamente por estudantes do curso de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, é o resultado do esforço, dedicação, comprometimento, disciplina, foco e fé de um grupo de acadêmicos que acredita no fomento à pesquisa, à produção científica e primordialmente na melhoria da qualidade da educação superior brasileira.

É com esse desejo de deixar muito mais do que marcas singelas e acanhadas nos corredores da UFRN que a In Verbis trabalha incessantemente há 17 anos para legar à comunidade acadêmica regional e nacional contribuições de relevante valoração. Nosso intuito é influenciar a formação e o comportamento dos estudantes para que se dediquem e se engajem em projetos tais qual a Revista Jurídica In Verbis, que possibilitam a solidificação da estrutura tríade tão necessária na educação superior, unindo ao ensino, a pesquisa e a extensão.

É pondo em prática essa ânsia pela contribuição forense que, recentemente, a Revista In Verbis relegou o seu formato único de projeto de extensão convencional - o qual possuía como fim maior a publicação de artigos científicos - para atrelar-se também ao viés da pesquisa, oportunizando a sua comissão editorial, especificamente, a produção de conhecimento científico temático e atual. Já estamos trilhando, portanto, os caminhos da virtude e completude intelectual, sendo nosso desejo maior, sem dúvidas, deixar rastros de discernimento, educação e vontade à comunidade acadêmica e, sobretudo, ao nosso glorioso curso de Direito.

O segundo semestre de 2012, além de diversas inovações e desafios, trouxe consigo a felicidade do reconhecimento do esforço e do trabalho de

todas as comissões editoriais, pois tomamos conhecimento do interesse dos acadêmicos da UFPA de conhecer melhor o nosso projeto, sua forma de organização, planejamento e realização. Hoje, estamos servindo como norte e exemplo para o nascimento e concretização de mais um periódico jurídico no nosso país, a Revista Jurídica da Universidade Federal do Pará.

Os resultados positivos advindos de anos de suor e lágrimas só fizeram crescer a vontade de expandir ainda mais os horizontes desta revista que um dia fora sonho, mantendo, é claro, o seu reconhecido padrão de qualidade. Desta feita, a edição de número 32 foi meticulosamente cultivada, cada página foi cuidadosamente corrigida e os 12 artigos que nesta revista se fazem presentes foram incessantemente analisados e reanalisados por nós, componentes da Comissão, e por nosso incrível Conselho Editorial, composto por grandes juristas de renome.

As nossas considerações finais não poderiam ser outras senão o agradecimento a todos aqueles que contribuíram para a execução deste projeto, como os nossos patrocinadores, que colaboraram para a construção formal da revista e realização do nosso evento de lançamento, bem como ao professor orientador da Base de Pesquisa da Revista In Verbis, Raoni Bielschowsky, que edificou conosco a parte material e acadêmica deste projeto, despendendo sábados de sono e madrugadas a fio em prol deste objetivo grandioso. A ele, nosso sincero muito obrigado. Agradecemos, ainda, ao nosso coordenador de extensão, Professor Xisto Tiago, e aos membros do Conselho Editorial, sem os quais a publicação dos artigos e a materialização do periódico não seriam possíveis.

Esperamos proporcionar uma rica experiência acadêmica e desejamos a todos uma excelente leitura!

A Comissão Editorial.

Artigos

A AÇÃO DE ADJUDICAÇÃO COMPULSÓRIA E ALGUMAS DIVERGÊNCIAS ACERCA DO SEU PROCEDIMENTO

Paula Kareninne de Brito Bezerra

Acadêmica do 5º período do Curso de Direito da UFRN

Paulo Renato Guedes Bezerra

Professor-orientador

RESUMO

O presente artigo tem por objetivo contribuir didaticamente com o tema da Ação de Adjudicação Compulsória, devido ao reduzido número de fontes específicas sobre o tema. O que faz o assunto merecer maior atenção é a essencialidade, na esfera civil, do bem da vida protegido, que diz respeito ao direito do promissário comprador que cumpriu o contrato preliminar, de exigir a outorga da Escritura Pública – instrumento solene que garante todos os direitos relativos à propriedade. Não fosse a Ação de Adjudicação Compulsória, o promissário comprador estaria totalmente desprovido de qualquer segurança nas suas relações jurídicas imobiliárias. Através de pesquisa realizada na jurisprudência pátria, verificaram-se divergências nos tribunais acerca de alguns pontos procedimentais. A dissonância é decorrente de equívocos que acabam implicando outros equívocos, como, por exemplo, quando há uma confusão na classificação da natureza da ação poderá haver outro engano na consolidação do foro competente. Nestes ganchos, o presente trabalho expôs o mal entendido de cada

posicionamento e apresentou soluções que se coadunam com o ordenamento jurídico vigente.

Palavras-chave: Adjudicação Compulsória. Jurisprudência. Divergências. Equívocos. Soluções mais adequadas.

1 INTRODUÇÃO

A realização do sonho da casa própria sempre foi uma realidade muito distante para a maioria dos brasileiros, já que uma grande parcela da população sobrevive com um salário mínimo, suficiente apenas para sua subsistência, ou mesmo por causa da especulação imobiliária que cresce na mesma proporção que o país. Nessas situações, a realização desse sonho não seria possível se não fosse o Contrato de Promessa de Compra e Venda (ou ainda denominado pré-contrato, contrato preliminar, contrato promessa, entre outros) por meio do qual as partes se comprometem a pagar o preço em parcelas e a realizar a escritura definitiva de compra e venda logo após a quitação do preço avençado. Contudo, por vezes, no momento de realizar essa solenidade, mesmo tendo o promissário comprador quitado o avençado no contrato, o promitente vendedor se recusa a outorgar a escritura definitiva (porque o imóvel se valorizou, ou porque alguma questão legal o impede de transferir seus imóveis ou qualquer outro motivo).

Diante dessa recusa, o Código Civil de 1916, em seu art. 1.088, deixava o promissário comprador totalmente vulnerável, pois permitia o direito de arrependimento por qualquer das partes do Contrato de Promessa de Compra e Venda, antes de assinar a Escritura Pública. Essa abertura dava margem para que muitos loteadores descumprissem o compromisso assumido, optando por “pagar perdas e danos ao compromissário comprador, estipuladas geralmente sob a forma de devolução do preço em dobro, com a intenção de revender o lote, muitas vezes supervalorizado, com lucro, porque o aludido dispositivo admitia o arrependimento” (GONÇALVES, 2009, p. 232). Com o então surgimento do Decreto-Lei n. 58 de 1937, e mais especificamente do seu art. 22, o compromisso de compra e venda tornou-se irretratável e, se registrado, conferia direito real ao comprador.

O decreto-lei foi parcialmente revogado pela Lei de Parcelamento do Solo Urbano (Lei n. 6.766 de 1979), mas continuou a ser utilizado para reger o



loteamento e a venda dos imóveis rurais, enquanto a nova lei passou a reger os imóveis urbanos. A lei de 1979 ratificou a irretratabilidade do compromisso e o direito real oponível a terceiros, desde que registrado.

Subsidiariamente o direito do promitente comprador também passou a ser regulado pelo Código Civil de 2002, nos seus artigos 1.417 e 1.418. O primeiro trata do *direito do promitente comprador*, ao aduzir que a promessa de compra e venda, mediante instrumento público ou particular, sem cláusula de arrendimento e registrada em cartório, confere ao promitente o direito real sobre o imóvel. O segundo garante ao promitente o *direito de ingressar na via judicial pleiteando a adjudicação do imóvel*, se houver recusa do promitente vendedor, ou de terceiro cessionário da promessa, em outorgar a escritura definitiva.

Destarte, diante da recusa do promitente vendedor fica assegurado o direito do promissário comprador de procurar a via judicial, pleiteando a Ação de Adjudicação Compulsória, pela qual o juiz irá suprir judicialmente a falta da outorga do proprietário, para se efetivar o devido registro da transferência no cartório imobiliário competente.

Sob esse foco, o presente artigo objetiva analisar resumidamente o direito a que o promissário comprador faz *jus*, como também os elementos necessários para a propositura da ação de adjudicação compulsória e principalmente questionar alguns pontos da jurisprudência que ainda é vacilante sobre o procedimento adequado a essa ação. Ao mesmo tempo em que as divergências foram expostas, apresentaram-se soluções que refletem o ordenamento jurídico brasileiro vigente.

2 O CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA

Trata-se de um contrato preliminar, geralmente utilizado na compra de imóveis à prestação, podendo ser lavrado em cartório ou não.

O Contrato de Promessa de Compra e Venda pode ser conceituado como sendo um contrato em que “há um acordo de vontades, de cunho preliminar, por meio do qual uma parte compromete-se a efetuar em favor de outra, em certo prazo, um contrato de venda definitivo, mediante o pagamento do preço e cumprimento das demais cláusulas” (VENOSA, [entre 2002 e 2012]). Sendo um contrato que obriga o promitente a celebrar outro contrato, resta caracterizado o caráter *obligacional* entre as partes, por isso não assiste ao promissário comprador o direito real que é conferido ao comprador – aquele



que paga a vista o estipulado em um contrato de compra e venda – salvo se o compromisso estiver registrado em cartório.

É pacífico na jurisprudência a desnecessidade de que a Promessa de Compra e Venda esteja averbada no registro do imóvel para gerar efeitos jurídicos entre as partes, sendo esta a melhor exegese da lei na busca da proteção do promissário comprador.¹ Malgrado, a existência dessa averbação é essencial para que o contrato seja um fator gerador de direito real oponível a terceiros. Segundo o Prof. Dr. Luiz Antonio Scavone Junior [entre 2010 e 2012]:

O registro seria apenas, mais uma garantia ao promissário comprador, que teria assegurada a propriedade contra futura alienação do promitente vendedor para terceiros em face do direito real oponível *erga omnes*. O registro retira do promitente vendedor a disponibilidade do bem, a despeito de estranhamente, continuar com o domínio sobre ele.

A jurisprudência homogênea do Superior Tribunal de Justiça também já se posicionou nesse sentido, decidindo que o direito real à aquisição do imóvel, no caso da promessa de compra e venda, somente se adquire com o registro². Na realidade, a diferença entre a promessa de compra e venda registrada e a não registrada está na oponibilidade *erga omnes* de que dispõe a registrada, sendo indiferente o registro para que se possa exigir em juízo a outorga compulsória da Escritura definitiva do bem.

A razão de o ordenamento jurídico assegurar ao promissário comprador o direito à Escritura definitiva é que somente o registro – importante frisar que anteriormente se distinguia os atos sujeitos à transcrição dos sujeitos à inscrição, então a Lei dos Registros Públicos e o atual Código Civil unificaram os termos na expressão “registro” – realizado na matrícula do imóvel, em Cartório imobiliário competente, pode perfectibilizar a transferência da titularidade do imóvel (art. 1.245 do CC), garantindo todos os efeitos do domínio.

A necessidade dessa forma solene para a transferência do bem se

¹ Súmula 239, do STJ: “O direito à adjudicação compulsória não se condiciona ao registro do compromisso de compra e venda no cartório de imóveis”.

² SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp. n. 431.432/SP. Quarta Turma. Rel. Min. Fernando Gonçalves. j. 14/12/2004. DJ. 27/06/2005. p. 396.



fundamenta no sistema de registro imobiliário brasileiro, que é um misto entre o sistema alemão e o sistema francês. Arthur Rios (2010, p. 131-132) explica que no sistema francês basta o cumprimento do contrato para o efeito da transferência, sendo o registro um ato para atingir a mera publicidade, enquanto no sistema alemão somente o comparecimento ao registrador imobiliário constitui o direito, de modo que qualquer vício no contrato não atinge o ato registral que será imutável; por conseguinte, no sistema brasileiro a simples quitação do contrato não tem o condão de transferir a propriedade imobiliária, todavia, ele resguarda o direito de reivindicação sobre o bem. Assim, se o promitente vendedor se negar a outorgar a escritura do bem, terá o promissário comprador o direito à ação que lhe é garantido pelo art. 1.418 do CC e pelo art. 16 do Decreto-Lei n. 58/1937.

3 AÇÃO DE ADJUDICAÇÃO COMPULSÓRIA

Havendo recusa em outorgar a escritura definitiva, por parte do promitente vendedor ou pelo cedente do contrato, o promissário comprador ou, no caso, o cessionário, que quitou o preço avençado poderá recorrer ao judiciário propondo ação de adjudicação compulsória contra aquele que pode outorgá-la, ou seja, em face daquele em cujo nome se encontra registrado o imóvel. Apenas o proprietário do imóvel pode figurar como réu no processo, justamente porque ele é o único que pode outorgar a escritura, o que torna prescindível a citação de eventuais cedentes do contrato original (a necessidade do litisconsórcio será analisada adiante em tópico específico).

Superado o entendimento inicial de que seria necessário o registro do Contrato de Promessa de Compra e Venda para ajuizar a demanda, restou indispensável apenas a comprovação de cumprimento da obrigação – materializada pelo recibo de quitação do contrato – e a inexistência de impostos e taxas pendentes, conforme o art. 15 do Decreto-Lei 58/37.

Sobremaneira, apesar de ser uma matéria aparentemente simples, a jurisprudência e a doutrina ainda são inconsistentes na definição de conceitos básicos como a natureza da ação e a competência para processar e julgar a adjudicação compulsória.

3.1 Natureza da Ação

O entendimento inicial considerava a pretensão como de natureza



real, por ser fundada no direito de propriedade, mas essa era uma visão equivocada e o conceito foi ultrapassado, emergindo a percepção pela ação de *natureza pessoal*, já que o objeto da demanda não é outro senão o suprimento judicial do cumprimento de uma obrigação de fazer, qual seja a outorga de escritura definitiva do imóvel.

As ações pessoais tutelam um direito pessoal ou mais particularmente o cumprimento de uma obrigação derivada de um contrato, como especificamente o é a ação de adjudicação compulsória. Provavelmente a confusão jurisprudencial se deveu a outro tipo de classificação – desenvolvida segundo o objeto do pedido mediato (o bem da vida que se pretende obter com o processo) – que divide as ações em mobiliárias, cujo objeto é um bem móvel, e imobiliárias, cujo propósito é um bem imóvel; sendo essa classificação útil para resolver a capacidade processual de pessoas casadas e a competência. Sendo imobiliária a ação de adjudicação compulsória, entendeu-se por consequência que era uma ação real, mas não é bem assim, “não se pode achar que toda ação imobiliária é real (a ação de despejo é pessoal, pois se funda em direito pessoal, e é imobiliária)” (DIDIER JR., 2009, p. 200).

Esse entendimento é racional, inclusive porque a sentença que dê procedência ao pedido de adjudicação não transferirá a posse do imóvel, como ocorreria em uma ação real imobiliária, apenas deferirá a carta de adjudicação, por meio da qual o promissário comprador poderá se valer para ir ao competente cartório registrar o imóvel mesmo sem a devida outorga do promitente vendedor.

Assim, tem se consolidado na doutrina e na jurisprudência que a ação de adjudicação compulsória tem natureza pessoal, exceto quando a promessa estiver registrada em cartório, quando terá efeito real³, pela leitura do art. 1.417 do CPC.

3.2 Foro da Ação

Questão mais complexa envolve o local de ajuizamento da ação de adjudicação.

A jurisprudência é pacífica em declarar como competente o foro de situação da coisa para propositura da ação de adjudicação compulsória, com

³TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. Agravo de Instrumento. n. 0701043-45.2010.8.13.0000. Rel. Des. Batista de Abreu. j. 22/06/2011. DJ. 01/07/2011.



base no art. 95 do CPC, contudo, a regra desse artigo somente se aplica, *in verbis*, às “ações fundadas em direito real sobre imóveis”. A possibilidade de uma ação de adjudicação compulsória ter natureza pessoal deveria representar um óbice à aplicação indiscriminada deste artigo nesse tipo de ação, principalmente porque o Decreto-Lei n. 58 de 1937 em seu art. 24 possibilita o foro de eleição para propositura da ação.⁴ Apesar de esse decreto ter sido parcialmente revogado, pela Lei de Parcelamento do Solo Urbano, ele continua vigente e válido em relação aos imóveis rurais, fomentando a controvérsia acerca do foro competente para propositura da ação em relação a esses imóveis. Enquanto o decreto permite a utilização do foro de eleição para os imóveis rurais, a jurisprudência é taxativa em declarar competente o foro de situação da coisa para toda ação de adjudicação compulsória.

3.2.1 Competência Relativa

O foro competente para processar e julgar uma ação de natureza pessoal é o citado no art. 94 do CPC, ou seja, em regra a ação de Adjudicação Compulsória deveria ser proposta no foro de domicílio do réu.

Contudo, *lex specialis derogat generali*.

A Lei de Parcelamento do Solo Urbano (1979) e o Decreto-Lei n. 58 (1937) regulam, dentre outras relações jurídicas, o direito do promissário comprador, respectivamente, em relação aos imóveis urbanos e rurais, declarando o foro competente para dirimir eventuais litígios nos arts. 48 e 24, na mesma ordem anterior.

A norma que dispõe sobre os imóveis urbanos, no seu dito art. 48, disciplina que, *in verbis*, “o foro competente para os procedimentos judiciais previstos nesta Lei [dentre eles a adjudicação compulsória] será o da comarca da situação do lote”. Justamente pela especialidade dessa lei, os tribunais deveriam justificar o *forum rei sitae* por este artigo e não pelo art. 95 do CPC, que é geral. Apesar disso a aplicabilidade destes dois artigos é a mesma, a questão, nesse ponto, reside apenas no emprego do dispositivo correto.

Sobretudo, o Decreto-Lei n. 58 de 1937, que regula o loteamento e a venda de terrenos rurais para pagamento em prestações, em seu art. 24

⁴ O art. 24 do Decreto-Lei n. 59/1937 dispõe: “Em todos os casos de procedimento judicial, o foro competente será o da situação do lote comprometido ou o a que se referir o contrato de financiamento, quando as partes não hajam contratado outro foro”.



faculta o foro de eleição, além do de situação do lote, como competente para os procedimentos judiciais. Dessa forma, o Decreto-Lei anuncia a competência relativa do foro, por ser possível a sua alteração pelo consenso entre as partes.

Desta maneira, o Decreto-Lei permaneceu mais abrangente em relação ao foro competente, permitindo o de situação da coisa e o de eleição, guardando uma conexão mais íntima com a natureza da ação que é pessoal ao permitir este último. Porém, o decreto tornou-se ineficaz, porque foi esquecido e deixou de ser aplicado pelos tribunais.

3.2.2 Entendimento da Jurisprudência

Nada obstante, se tem na jurisprudência unicamente a aplicação da inteligência do art. 95 do CPC (que, como já visto, declara competente o foro de situação da coisa para as ações fundadas em direito real) independentemente de análise da natureza da ação, deixando de ser observada pelos tribunais a sua particularidade – que pode ter natureza pessoal ou real, dependendo do registro.

O precedente retoma a época em que o Supremo Tribunal Federal ainda era o órgão unificador jurisprudencial das leis federais, período no qual o juízo que se fazia da natureza da Ação de Adjudicação ainda era equivocado, como sendo o de uma ação de natureza real. O entendimento foi mantido pelo STJ que em julgado fez referência ao que já havia afirmado o STF: “A propósito, ainda, o Colendo Supremo Tribunal Federal já afirmou que ‘Na ação de adjudicação compulsória, não prevalece o foro de eleição sobre a situação do imóvel’”⁵.

O entendimento continua sendo repetido pelos Tribunais de Justiça do país e é posição majoritária na jurisprudência.

A fundamentação usada nas decisões que julgam competente o *forum rei sitae* é a de que se trata de uma ação real imobiliária – entendimento ultrapassado. Sobremaneira, é bem mais concisa a anotação de José Osório de Azevedo Jr. (2006, p. 69) que justifica esse entendimento pela própria postura do promissário comprador que se assemelha muito mais à de dominação do bem, que de dependência de uma colaboração do promitente vendedor em outorgar a Escritura, posto que exerce sobre o bem um poder direto e imediato

⁵ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AgRg no REsp n. 773.942/SP. Terceira Turma. Rel. Min. Massami Uyeda. j. 19/08/2008. DJ. 05/09/2008.



(podendo: utilizar-se da coisa como dono; dispor dela livremente; ter direito de sequele; exigir que terceiros não causem dano a ela e etc.).

3.2.3 Melhor solução ao impasse

Sob essa análise, abre-se a possibilidade de haver dois foros competentes para processar e julgar a ação de adjudicação compulsória: o foro de eleição e o *forum rei sitae*.

A solução deste confronto está condicionada ao registro, bem como à localização do imóvel (urbano ou rural).

Quando a demanda se fundar em uma *promessa registrada*, e, por conseguinte, tiver a eficácia real que lhe é atribuída pelo art. 1.417 do CC, caberá o emprego do *fórum rei sitae* indicado no art. 95, do CPC.

Entretanto, se a ação for fundada em uma *promessa não registrada* ela terá natureza pessoal, não podendo se falar na competência absoluta do art. 95 do CPC, que atinge apenas as ações fundadas em direito real. Diante disso, se o imóvel for urbano, é correta a menção ao *forum rei sitae*, entretanto, a sua aplicação se deve ao art. 48 da Lei de Parcelamento do Solo Urbano. Por outro lado, se o imóvel for rural, a ação será regida pelo Decreto-Lei n. 58/1937, onde se faculta a propositura da ação no foro da situação do lote ou no foro de eleição e subsidiariamente no foro de domicílio do réu, caracterizando assim a competência *relativa* nesse caso.

4 STJ Vs. TJs: LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO

Outro ponto polêmico na jurisprudência diz respeito ao litisconsórcio necessário na ação de adjudicação compulsória, quando houver cessão do contrato de promessa de compra e venda, devendo o polo passivo ser composto por todos aqueles cedentes do imóvel *sub judice*, ou somente pelo proprietário do imóvel (aquele que realmente poderá outorgar a Escritura). Malgrado, ao contrário da dissonância que gira em torno do foro competente para ajuizamento da Ação de Adjudicação Compulsória, que é pacífica nos tribunais, a divergência em relação ao litisconsórcio necessário urge, mesmo tendo o STJ decidido pela desnecessidade do litisconsórcio, salvo no caso de se formar entre réus que estiverem na condição de cônjuges; essa ressalva se justifica sob o mesmo fundamento utilizado para a escolha do foro da ação, qual seja tratar a adjudicação compulsória como uma ação que versa sobre



direito real imobiliário, fazendo consequente a obediência ao art. 10 do CPC, referente à necessidade da outorga uxória nessas ações.

4.1 Entendimento do STJ: desnecessidade

Recorre à lógica o entendimento do STJ⁶, já que somente o titular do domínio do imóvel pode outorgar a Escritura definitiva do imóvel. Esse posicionamento se justifica: i) por ser a comprovação documental da quitação suficiente (já que comprovar a quitação do preço do contrato é requisito básico para se propor a adjudicação do bem); ii) no princípio da celeridade processual, não podendo se admitir impedimentos de índole formal à concretização da vontade das partes contratantes, quando a obrigação já foi cumprida; iii) na presunção de discernimento do julgador para analisar o caso que lhe é trazido, cumprindo a prestação jurisdicional; iv) por não ser justo privar o adquirente do domínio, o que acarretaria, inclusive, o enriquecimento sem causa em face do último adquirente.

4.2 Posicionamento dos TJs: necessidade

Malgrado, os diversos Tribunais de Justiça do país, como por exemplo, o TJSP⁷, o TJRS⁸, o TJMG⁹ e o TJRN¹⁰, têm entendido pela necessidade do litisconsórcio. A finalidade dessa corrente é comprovar a regularidade de todas as transações sendo possível aferir se os autores, de fato, fazem jus à adjudicação pretendida. Além disso, é certo que havendo a citação de todos os cedentes a sentença proferida terá eficácia também contra estes. Por fim, o entendimento se baseia na regra geral do art. 47 do CPC, que diz ser necessário o litisconsórcio quando for unitário, ou seja, quando a decisão tiver de ser a

⁶ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Resp n. 648.468/SP. Terceira Turma. Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito. j. 14/12/2006. DJ. 23/04/2007.

⁷ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. Apelação Cível n. 9190056-56.2008. 2ª Câmara de Direito Privado. Rel. Min. José Carlos Ferreira Alves. j. 06/03/2012. DJ. 07/03/2012.

⁸ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. Apelação Cível n. 70038091005. 20ª Câmara Cível. Rel. Des. Rubem Duarte. j. 17/11/2010. DJ. 29/11/2010.

⁹ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. Agravo de Instrumento n. 1.0024.08.158096-1/001. 11ª Câmara Cível. Rel. Des. Marcelo Rodrigues. j. 20/05/2009. DJ. 08/06/2009.

¹⁰ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO NORTE. Apelação Cível nº 2010.015373-5. 3ª Câmara Cível. Rel. Des. Vivaldo Pinheiro. j. 03/03/2011.



mesma para todos os litigantes. Destarte, o entendimento dos Tribunais de Justiça tem fulcro na segurança e na legitimidade da decisão, mediante o amparo da outorga de todos os cedentes, fazendo coisa julgada material para todos os membros da cadeia cessionária.

Contudo, o entendimento dos TJs não deve prosperar. Suscitar a formação de um litisconsórcio para prevenir uma decisão injusta é uma atitude louvável, contudo, não deve ser confundida com a regra processual do litisconsórcio necessário, posto que essa regra surge em apenas duas hipóteses citadas no art. 47, assim, somente “haverá litisconsórcio necessário por disposição de lei, e também será necessário o litisconsórcio quando assim o exigir a natureza da relação jurídica, que, sendo incindível, levará o juiz a decidir de modo uniforme em relação a todos os litisconsortes” (CÂMARA, 2008, p. 163).

Sendo assim, não há lei que disponha sobre a necessidade de citação dos cedentes, tampouco os TJs aduzem à alguma lei para justificar o litisconsórcio necessário.

Nada obstante, os TJs fazem referência à indivisibilidade da relação jurídica para justificar a aplicação da regra do art. 47, porém tal entendimento não deve passar de mero mal entendido, visto que a sentença será a mesma para todos (sim, como toda sentença), mas não trará a mesma obrigação/ônus para todos os litigantes. É de fácil esclarecimento a situação se vislumbrarmos que de todos os litisconsortes apenas aquele em cujo nome esteja registrado o imóvel sofrerá alterações na sua esfera jurídica, como o ônus de ter destituído um bem de sua propriedade, enquanto aos demais litisconsortes não se averiguarão quaisquer modificações em suas esferas jurídicas.

Resta claro que a sentença não será uniforme, como claramente é na situação em que o Ministério Público promove a ação de anulação de casamento, por qualquer dos motivos do art. 1.550 do Código Civil, na qual o litisconsórcio será necessário pela indivisibilidade da relação jurídica, de modo que a sentença será uniforme por que: i) não pode estender seus efeitos para apenas um dos réus; ii) nem ser válida pra a um e para o outro não; iii) tampouco alterar o estado civil de apenas um dos cônjuges, deixando o outro permanecer casado. Ao contrário, a sentença será uniforme porque a obrigação/ônus não tem como afetar um sem afetar o outro.

Pode-se explicar a consequência do litisconsórcio necessário, metaforicamente, com a aplicação da Terceira Lei de Newton – ação e reação – pois, afetando a esfera jurídica de um (ação) restará modificada a do outro (reação). Aplicando essa metáfora aos litisconsortes da ação de adjudicação



compulsória verificamos que a semântica não será a mesma. A perda do direito de propriedade sobre o imóvel daquele litisconsorte em cujo nome o bem estava registrado (ação), não corresponderá a uma reação na esfera jurídica dos demais litisconsortes, mas sim na do autor da ação. Assim, não irá se configurar a indivisibilidade da relação jurídica entre os litisconsortes, e consequentemente a inaplicabilidade da segunda parte do art. 47 do CPC à ação de adjudicação compulsória.

4.3 Melhor solução ao impasse

Por derradeiro, seria cautelosa a cumulação do entendimento do STJ com a aplicação da parte pragmática do entendimento dos TJs em determinados casos. Ao passo que, na realidade prática de uma Vara de Registros Públicos encontram-se processos devidamente instruídos que firmam o convencimento do juiz (como, por exemplo, termo de anuência para outorga da escritura ao autor de todos os cedentes, e também todas as cessões de contrato feitas desde a primeira Promessa de Compra e Venda realizada entre o proprietário do imóvel e o promissário comprador original). Porém, outros nem tanto, nesses casos seria prudente – mesmo não sendo necessário – que o magistrado, não se convencendo dos fatos e dos fundamentos jurídicos do autor, bem como verificando a insuficiência de provas, determinasse a formação de um litisconsórcio amparado pelo princípio processual da adequação objetiva, que permite que o processo se molde à demanda. Essa análise caso a caso, seria o mais eficiente para não obstar o direito do autor e ao mesmo tempo garantir segurança e legitimidade a todas as sentenças.

5 CONCLUSÃO

Ao longo do trabalho se pode perceber que o direito do promissário comprador, de propor a ação de adjudicação compulsória, sempre teve em seu procedimento algumas controvérsias geradas no seio da jurisprudência. Algumas divergências já conseguiram alcançar a pacificação jurisprudencial, como, por exemplo, a desnecessidade de registro da promessa para ingressar na via judicial, através de súmula editada pelo STJ, fazendo-se uma exegese mais protetiva ao promissário, que normalmente está numa posição mais vulnerável.

Outro entendimento que já foi superado com o tempo é o



da natureza da ação, que provavelmente foi extraído de interpretações equivocadas das classificações da ação. Atualmente, a jurisprudência tem assumido uma posição bastante racional ao declarar a ação discutida como pessoal, contudo, real se a promessa foi registrada.

Não obstante, outros posicionamentos que surgem da interpretação subjetiva dos arts. 95 e 47, do CPC, pelos juízes, respectivamente com relação ao foro competente e à necessidade do litisconsórcio, ainda merecem análise por parte tribunais. A regra do foro competente deve ser revista pelos tribunais devido à inaplicabilidade das regras do CPC, que são gerais, à ação de adjudicação compulsória que deve ser abordada pelas duas leis específicas do tema, quais sejam, a Lei de Parcelamento do Solo Urbano e o Decreto-Lei n. 58 (*lex specialis derogat generali*). Enquanto isso, a divergência acerca do litisconsórcio necessário deve ser analisada mais detidamente, pois mesmo que o art. 47 – no qual se fundamentam os Tribunais de Justiça do país – não se aplique à adjudicação compulsória, os argumentos utilizados pelos tribunais que defendem a utilização desse instituto apenas procuram reforçar a segurança e a legitimidade do julgamento.

Sobretudo, a análise dessas divergências, sob um universo mais amplo, instiga a percepção de que o âmbito jurídico se encontra em constante contraditório e em consequente evolução, possibilitada pelo intercâmbio de soluções entre os órgãos do judiciário.

Portanto, as controvérsias são vistas sob o seu aspecto positivo, qual seja, o enriquecimento qualitativo da produção jurisprudencial pátria.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO JR., José Osório. **Compromisso de Compra e Venda**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 18. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2008. v. 1.

CREDIE, Ricardo Arcoverde. **Adjudicação compulsória**. 5. ed. São Paulo: RT, 1991.



DIDIER Jr., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 11. ed. Bahia: Editora Jus Podivm, 2009. v. 1.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito das Coisas**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 3.

RIOS, Arthur; RIOS JR., Arthur. **Manual de Direito Imobiliário**. 4. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2010.

RIZZARDO, Arnaldo. **Promessa de compra e venda e parcelamento do solo urbano**. 8. ed. São Paulo: RT, 2010.

SCAVONE JR., Luiz Antonio. **A promessa de compra e venda sem registro e a ação de adjudicação compulsória**. Disponível em: <<http://www.scavone.adv.br/index.php?a-promessa-de-compra-e-venda-sem-registro-e-a-acao-de-adjudicacao-compulsoria>>. Acesso em: 16 abr 2012.

VENOSA, Silvío de Salvo. **Compromisso de compra e venda com Eficácia Real. Direito do Promitente Comprador**. Disponível em: <http://professorsimao.com.br/artigos_convitados_venosa.htm>. Acesso em: 30 mar 2012.

THE AWARD PAYMENTS ACTION AND SOME DIVERGENCES ABOUT ITS PROCEDURE

ABSTRACT

The present article aims the didactical contribution with the theme Award Payments Action, due to the reduced specific source number. The reason this topic is worthy more attention is the essentiality, in the civil ground, of the protected life welfare,



which relates to the right of the obliged buyer that fulfilled the preliminary contract, which demands the grant of the Public Deed – solemn instrument that assures all rights related to property. If it wasn't the Award Payments Action, the obliged buyer would be entirely devoid of any safety in his legal real state relations. Researching thru the homeland jurisprudence, were find differences in the courts about some procedural points. The divergence is due to mistakes that imply other mistakes, as, for example, when it has a misunderstanding in the action nature classification it can lead to other equivocation in the competent forum consolidation. In these matters, the present study exposed the misunderstanding of each positioning and introduced solutions that suits with the current legal planning.

Keywords: Award Payments. Jurisprudence. Divergence. Mistakes. More suitable solutions.



A APLICABILIDADE DO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS NO SISTEMA PROCESSUAL BRASILEIRO

Daphne Caroline de Araújo Lopes

Acadêmica do 8º período do
Curso de Direito da UFRN

RESUMO

O presente artigo, através de uma análise histórico-social e doutrinária, tem o propósito de tecer algumas explicações acerca do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, presente no Projeto de Lei nº 166/2010. Esse novo instituto processual se destina à resolução de demandas de massa, pautando-se nos princípios constitucionais de celeridade, igualdade e efetividade da prestação jurisdicional. Sendo assim, o objetivo principal é analisar o incidente, no que tange a sua relevância para o sistema processual brasileiro, demonstrando a influência de institutos estrangeiros na sua idealização e a percepção do contexto social em que está inserido. Ademais, visa compreender a dinâmica desse instrumento na busca pelo efetivo acesso à justiça, bem como analisar questionamentos acerca da mitigação de alguns princípios processuais.

Palavras-chave: Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. Demandas repetitivas. Celeridade. Igualdade. Efetividade.

*“É o tempo da travessia, e se não ousarmos fazê-la,
teremos ficado para sempre...à margem de nós
mesmos”.*

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR), instituto introduzido no Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, transformado no Projeto de Lei nº 166/2010 pelo Senado Federal, visa julgar demandas repetitivas que versem sobre a mesma questão de direito. Através de uma única decisão proferida pelo Tribunal, busca-se a uniformização das decisões de demandas de massa, com o intuito de concretizar os princípios constitucionais da celeridade processual, igualdade e segurança jurídica.

Verificou-se a necessidade desse incidente, diante da superlotação do judiciário, provocada, principalmente, pelas pretensões repetitivas, característica de uma sociedade massificada. Este recebeu forte influência de procedimentos presentes em outros países, com destaque para o procedimento-modelo alemão.

De início os juristas da Comissão do Anteprojeto do novo Código de Processo Civil denominaram esse novo instrumento de incidente de coletivização, o que gerou confusão quanto a sua natureza jurídica, pois não se trata, definitivamente, de uma ação coletiva.

Sendo assim, nas linhas desse estudo, será abordado de que forma esse novo instituto de proteção de direitos individuais homogêneos atuará, diferenciando-o das ações coletivas, explicitando as inovações trazidas por ele e sua relevância na atual conjuntura do sistema judiciário brasileiro na promoção da efetividade na prestação jurisdicional.

2 TUTELAS COLETIVAS SOB A ÓTICA DO DIREITO COMPARADO

No âmbito do direito processual civil é notória a preocupação com os direitos metaindividuais, almejando garanti-los através de instrumentos aptos à tutela dos mesmos. Dessa forma, os ordenamentos jurídicos processuais estabeleceram a legitimação representativa, de maneira que é dado a determinados sujeitos o poder de postular em nome de uma coletividade. Essas demandas têm características peculiares como a isenção de custas



processuais e o efeito *erga omnes* da decisão da demanda coletiva, de modo a promover a celeridade processual em consonância com a efetividade e ampliação do acesso à justiça.

Não é possível fazer uma explanação sobre todas as tutelas coletivas estrangeiras, cabendo abordar as mais relevantes para este estudo e suas características básicas. Assim, pode-se mencionar a *class action* norte-americana, a *group action* e o procedimento-modelo *musterverfahrensgesetz*, cujos comentários se seguem.

2.1 A *class action*

A *class action*, utilizada em alguns países da *common law* tem origem no direito inglês, criada pelo *Bill of Peace* do século XVII, em juízos de equidade (DINAMARCO 2001). Nos Estados Unidos existem alguns tipos de *class action*, variando de Estado para Estado.

Na ideia de Taruffo (2001 *apud* ROSSONI, 2010) o modelo da *class action* é exercida por meio da legitimidade representativa, na qual o indivíduo ao demandar, age tanto em benefício próprio como para proteger direitos e interesses de outros em situação comum. Nesse sentido, desde que haja o consentimento do juiz, é possível, o indivíduo converter uma ação individual em ação coletiva para a tutela de todos integrantes de uma classe.

Na fase inicial da *class action*, a *certification*, para que a demanda seja aceita, o tribunal analisa a proximidade do legitimado com o direito pleiteado (MENDES, 2002 *apud* CABRAL, 2007). Destarte, haverá situações que o legitimado, diante desse critério, terá ou não a legitimidade *ad causam*. Não se vislumbra nesses moldes a legitimidade das ações coletivas no Brasil, vez que esta é indicada abstrativamente (*ope legis*), e não, de acordo com o caso concreto.

Por outro lado, há uma maneira de limitar a legitimidade *ad causam* coletiva, que é a exigência de demonstração da pertinência temática para que o órgão legitimado possa impetrar uma ação coletiva, como exemplo das entidades privadas, conforme o art. 82, IV, do CDC.

Com relação à vinculação do julgamento, geralmente os sistemas normativos são automaticamente inclusivos, ou seja, todos os indivíduos integrantes de uma coletividade podem ser atingidos pelos efeitos e vinculatividade da decisão. Exclui-se desse sistema, o indivíduo que manifeste expressamente a sua vontade de não sofrer os efeitos da decisão, no caso do mecanismo da *opt out* da *class action* norte-americana, ou havendo a restrição



da coisa julgada em relação aos ausentes. (CABRAL, 2007).

Situação semelhante ocorre no sistema brasileiro, quando existem ações individuais em concomitância com a ação coletiva acerca da mesma pretensão, tendo o indivíduo a liberdade de optar pelo prosseguimento ou não da sua ação individual.

Caso a parte prefira dar continuidade a sua demanda, a sentença coletiva não a afetará (*opt out*). Já ao escolher a via coletiva (*opt in*), o efeito da decisão o atingirá apenas para beneficiá-lo. Constatando-se prejudicialidade, o indivíduo poderá retomar a ação individual, pois o processo coletivo não gera litispendência em relação àquela, nos termos do art. 104 do CDC. Por outro lado, quando a ação coletiva versar sobre direitos individuais homogêneos, havendo integração a esta, será impedida a propositura da ação individual.

2.2 A *group action*

Na *group action*, adotada na Inglaterra, Itália e na Europa em geral, cada membro do grupo integra a ação como parte, ao contrário da *class action* que é uma não-parte representada (ROSSONI, 2010).

A legitimidade individual para a tutela de direitos coletivos em sentido amplo praticamente não existe nos sistemas jurídicos europeus, em virtude da influência do ideal individualista, nos moldes liberais. Na Itália, há um instrumento de tutela coletiva ressarcitória e restitutória, no entanto, não se trata de legitimação extraordinária, mas sim, de intervenção direta do lesado no processo (ROSSONI, 2010).

Assim, segundo Taruffo (2007, *apud* ROSSONI, 2010), enquanto a *class action* é caracterizada por uma legitimidade individual ampla, na qual o indivíduo pode demandar em nome de uma classe, a *group action* distingue-se por atribuir legitimidade a determinados entes para tutelar interesses coletivos (sentido estrito) e difusos. Não se estende, portanto, aos direitos individuais homogêneos.

Diante do exposto, em comparação ao sistema brasileiro, apesar deste ser de origem romano-germânica, com a inserção no ordenamento jurídico pátrio de instrumentos de tutela coletiva como a ação popular, o mandado de segurança e de injunção coletivos, aproximou-se ao modelo da *class action* norte-americana.



2.3 O procedimento-modelo alemão

O procedimento-modelo alemão, declarado pela Comissão do anteprojeto do novo CPC como a principal inspiração para o incidente de resolução de demandas repetitivas, foi criado em face da queda do valor nominal das ações da *Deustsch Telekom*¹, que ocasionou a propositura de milhares de demandas em busca de reparação de prejuízos.

No intuito de solucionar esse impasse, foi criado em 2005, a *Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz* (KapMug), cujo objetivo foi solucionar de modo idêntico e vinculante, seja sobre questão fática ou jurídica, uma litigiosidade surgida em causas paralelas através de uma decisão modelo remetida ao Tribunal de Apelação.

Faz-se importante frisar que esse instituto não se trata de uma ação coletiva, pois visa proferir uma decisão que sirva para vários processos individuais de origem comum, e não reuni-los em uma só demanda.

Nesse sentido corrobora Cabral:

O escopo do procedimento-modelo é estabelecer uma esfera de decisão coletiva de questões comuns a litígios individuais, sem esbarrar nos ataques teóricos e entraves práticos da disciplina de ações coletivas de tipo representativo [...], a finalidade do procedimento é fixar supostos fáticos ou jurídicos de pretensões repetitivas (CABRAL, 2007).

O procedimento-modelo alemão é dividido por Caponi (2007 *apud* ROSSONI, 2010) em três etapas: a admissibilidade perante o juiz de primeiro grau; o julgamento da questão comum de fato ou de direito; e a definição da questão individual.

Inicialmente, o pedido de criação da KapMug é feito pelo demandante ou demandado, devendo constar nesse requerimento a necessidade de instauração do procedimento em razão da decisão ter relevância para outros casos semelhantes. Assim, o juiz deverá fixar os parâmetros objetivos das questões fáticas ou jurídicas que serão decididas pela Corte de Apelação. Não havendo causa de inadmissibilidade, o juiz publicará em cadastro eletrônico

¹ Companhia de telecomunicações da Alemanha



o resumo da demanda, com partes e objetivo do procedimento.

Vale salientar que para o estabelecimento do KapMug, além dos requisitos supramencionados, é necessário em um período de quatro meses a instauração de no mínimo outros nove requerimentos que versem sobre a mesma questão fática ou de direito. Atendido o número mínimo, o juiz remeterá a KapMug ao Tribunal para julgamento, sendo os processos individuais pendentes automaticamente suspensos.

No segundo momento, será julgada a questão de fato ou de direito pelo Tribunal, o qual proferirá decisão que vinculará o juiz quando da definição da demanda individual, qualquer que seja seu resultado (CAPONI, 2007 apud ROSSONI, 2010). Definida a questão comum, passará à terceira e última fase, na qual o juiz solucionará as demandas individuais pendentes observando a decisão do Tribunal.

Mais adiante, serão verificadas algumas semelhanças e diferenças desse procedimento com o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas.

3 O CONTEXTO HISTÓRICO DE CRIAÇÃO DO CPC DE 1973 E A ATUAL CONJUNTURA DE INSERÇÃO DO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS

No estudo de um novo instituto é imprescindível compreender por meio de uma visão histórico-social como se deu o surgimento da ideia de implantá-lo em nosso sistema jurídico.

Vê-se que a sociedade sofreu diversas transformações ao longo do tempo, ocasionando mudanças de valores, perspectivas e surgimentos de novas necessidades a partir da superação de níveis de desenvolvimento. Assim, os direitos foram surgindo gradativamente com a evolução do Estado, em consonância com o ideal buscado na época.

Nesse contexto, o CPC de 1973 nasce à época do Estado Liberal, o qual pregava a liberdade individual, pautando-se na intervenção mínima do Estado e nesse panorama, surgem os direitos fundamentais de primeira geração (civis e políticos), cujo fundamento é a liberdade.

Assim, nessa época, as questões sociais versavam sobre direitos que não ultrapassavam a esfera individual, não havendo, por conseguinte, um grande número de demandas. Ademais, em virtude de obstáculos econômicos, não era viável buscar o judiciário para solucionar litígios.

O CPC vigente se insere na fase autonomista do processo, sendo o



Direito Processual considerado um ramo autônomo da ciência jurídica, em que o processo era um fim em si mesmo, apartado do direito material. Destarte, o processo era tido como um instrumento através do qual se obtinha a solução da pretensão do direito material, sem haver qualquer preocupação com o resultado prático (LENZA, 2008).

Com a evolução da sociedade, várias reformas foram introduzidas no CPC, com a finalidade de adequá-lo à nova conjuntura social. No entanto, diante de tantas modificações, o Código de Processo Civil foi perdendo a sua identidade e sistematicidade, surgindo a necessidade de se criar um novo código de modo a atender à realidade atual.

Nesse sentido, a proposta do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, com a implantação de novos institutos processuais, como o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, encontra-se inserido num contexto de mudança de paradigmas do sistema processual brasileiro, o qual busca progressivamente a celeridade processual, em consonância com a efetividade da prestação jurisdicional, princípios garantidos constitucionalmente.

Os princípios supracitados estão diretamente ligados à ideia expressa por Cappelletti (1988) de acesso efetivo à justiça, ou seja, não apenas o direito de demandar, mas de satisfazer a pretensão jurisdicional, por meio da superação de obstáculos econômicos, organizacionais e culturais.

No atual momento do judiciário, vislumbra-se uma explosão de litigiosidade, a instauração crescente de processos, o que provoca o sobrecarregamento do sistema judicial, e, por conseguinte, a perda de sua credibilidade em razão da morosidade na prestação jurisdicional. A maioria dessas ações são repetitivas, versando sobre direitos individuais de origem comum.

Nesse diapasão, o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, em observância aos princípios constitucionais mencionados, vem com a finalidade de desafogar o judiciário, através da resolução das demandas em massa.

Vale salientar que em nosso ordenamento jurídico já temos a tutela dos direitos individuais homogêneos através da ação coletiva. Todavia, a intenção dos juristas na implementação desse novo instituto não é excluir o processo coletivo, e sim, apresentar um instrumento alternativo a essas demandas.



4 DINÂMICA DO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS

Após a análise de alguns sistemas de tutela coletiva em outros países, pode-se entender de forma mais clara o procedimento utilizado no novo incidente de resolução de demandas repetitivas que, sem dúvida, adotou a ideia do procedimento-modelo alemão (KapMug) com algumas modificações.

Uma Comissão de Juristas fora criada por ato do Presidente do Senado Federal, com o fito de elaborar o Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, o qual foi entregue em junho de 2010, dando início ao Projeto de Lei do Senado Federal nº 166 de 2010. Este Projeto de lei foi enviado à Câmara dos Deputados, onde tramita através do Projeto de Lei 8046/10. Visa agilizar a tramitação das ações civis, havendo a proposta de criar um mecanismo chamado Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR).

Esse instituto está previsto no Projeto de Lei do Senado nº 166/2010 nos arts. 895 a 906. Em síntese, ele permitirá a aplicação da mesma sentença a todas as causas que tratem de questão jurídica idêntica, dando celeridade processual e uniformidade das decisões de demandas repetitivas.

É importante frisar, primeiramente, qual a abrangência do direito material tutelado por esse incidente. Desse modo, o art. 895 dispõe os pressupostos de cabimento, devendo a demanda demonstrar controvérsia com potencial de gerar relevante multiplicação de processos com idêntica questão de direito e capacidade de causar grave insegurança jurídica, em virtude da coexistência de decisões conflitantes.

Observa-se de antemão, que o IRDR destina-se a tutelar direitos individuais homogêneos, não sendo viável a tutela dos direitos essencialmente coletivos (direitos difusos e coletivos em sentido estrito). Ademais, através da interpretação literal do art. 895, ele se presta apenas às questões de direito. Nesse sentido, há uma diferenciação em relação ao procedimento-modelo alemão, o qual analisa tanto as questões fáticas quanto as jurídicas.

O pedido de instauração do incidente será remetido ao Presidente do Tribunal (art. 895, §1º) pelo juiz ou relator, pelas partes, pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública (incisos I e II do mesmo artigo). Como visto anteriormente, a legitimidade para propor o incidente diverge um pouco do KapMug, no qual apenas as partes, demandante ou demandado, têm legitimidade para requerê-lo.

Em seguida, será distribuído ao relator do Tribunal competente, sendo o plenário responsável pelo juízo de admissibilidade e o julgamento do incidente (898). Nesse ponto, há uma relevante diferença entre o



IRDR e o procedimento-modelo. Neste, o juiz originário exerce o juízo de admissibilidade, bem como fixa as questões comuns de fato ou de direito, as quais o Tribunal estará vinculado. Naquele, tanto o juízo de admissibilidade quanto o de mérito será de competência do Tribunal.

No caso de ser admitido o incidente, serão suspensos todos os processos pendentes em primeiro e segundo graus de jurisdição (art. 899), da mesma forma do instituto alemão. Rejeitado, os processos retomarão o seu curso normal (art. 898, § 2º, primeira parte).

Sendo aceito, será julgada a questão de direito e o acórdão proferido firmará uma tese a qual será observada pelos demais juízes e órgãos fracionários que estiverem sob a jurisdição do Tribunal (art. 898, § 2º).

O julgado aplicar-se-á a todos os processos que versem sobre idêntica questão de direito (art. 903). Da decisão divergente da tese firmada, caberá reclamação para o tribunal competente (art. 906). Vale ressaltar que o prazo para julgar o IRDR será de seis meses e terá preferência sobre os demais processos, ressalvados os casos descritos no art. 904.

4.1 Extensão da vinculação do julgado do IRDR

Há dúvidas quanto à vinculação do julgado, descrita no art. 903, se a decisão proferida no incidente atingirá tanto os processos suspensos como futuros ou apenas aqueles. O doutrinador Rossoni (2010) diz que “o art. 903 é vago e impreciso [...] não fica claro se a tese será aplicada a todos os processos, incluindo novas demandas eventualmente propostas após a decisão”.

Entende-se ao fazer uma interpretação sistemática que a decisão só valerá para os processos pendentes. Uma das justificativas é o fato da influência no instituto alienígena, no qual exige litispendência para a extensão da coisa julgada. Outro argumento é a ausência de representatividade no incidente, não havendo a possibilidade de terceiros serem atingidos pela decisão, já que seu direito não está posto em causa. Ainda há a previsão nos arts. 900 a 902, acerca da manifestação de partes e interessados, concluindo-se que a decisão do Tribunal se refere apenas a esses.

Por fim, tem-se o argumento de cunho constitucional, tendo em vista que a atual Constituição não prevê competência para os Tribunais de Estado e Tribunal Regional Federal prolatarem decisão vinculativa em relação a órgãos que não sejam de seu Tribunal.

Portanto, conclui-se que a vinculação da decisão proferida no IRDR só incidirá sobre as ações até o momento ajuizadas, e não sobre demandas futuras.



5 COMPARAÇÃO ENTRE O PROCESSO COLETIVO E O IRDR

Nesse estudo, é importante deixar claro que o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas não se trata de uma ação coletiva, devendo-se estabelecer diferenças entre eles.

Ambos os instrumentos motivam-se pela busca da celeridade e efetividade processual, diante do aumento da litigiosidade em massa, decorrente da industrialização, urbanização e globalização da sociedade contemporânea (DIDIER, 2011). No entanto, para garantir esses princípios constitucionais, cada um rege-se por procedimentos distintos, com suas respectivas peculiaridades.

O processo coletivo surgiu com a necessidade de efetivar a proteção de direitos que fugiam do âmbito meramente individual, os direitos transindividuais. Assim, as ações coletivas significam uma passagem do paradigma liberal para uma visão coletiva dos conflitos sociais.

Nesse sentido, o sistema de tutela de direitos coletivos abandona a ideia da pretensão individualizada, voltando-se ao tratamento da demanda coletivamente (DIDIER, 2011). Já no incidente de resolução de demandas repetitivas, há vários processos individuais, em que uma única tese, proferida pelo Tribunal incidirá sobre os mesmos. Ou seja, enquanto na ação coletiva é um processo e uma só decisão, no novo incidente são vários processos, mas uma única tese.

Quanto à natureza da legitimidade para propositura dos referidos instrumentos, no processo coletivo tem-se como aceita pelo ordenamento pátrio a legitimidade representativa adequada, também chamada de legitimação autônoma, na qual se atribui a condução do processo a um terceiro que não tem relação com o direito material (DIDIER, 2011). Por outro lado, no incidente há a legitimação ordinária, vez que as partes são os próprios titulares do direito.

No que tange aos limites subjetivos da coisa julgada, o processo coletivo rege-se pelo disposto no art. 103 e 104 do CDC, podendo ser *ultra partes* ou *erga omnes*, de acordo com a espécie de direito coletivo tutelado. No incidente será *ultra partes*, atingindo indivíduos que estão fora da relação processual.

Com relação à produção da coisa julgada, na ação coletiva, em regra, será *pro et contra* no plano coletivo e estenderá para o plano individual apenas no caso de procedência do pedido da ação coletiva (*pro*). Exceto quando se tratar de direitos individuais homogêneos, a opção pela via coletiva prejudicará



a ação individual. Diferentemente do incidente que sempre formará coisa julgada independente do resultado do processo (*pro et contra*).

O processo coletivo ainda diverge do IRDR acerca do enfoque dado por cada um na solução do litígio. Enquanto no primeiro há a preocupação com a causa que deu origem aquele processo, objetivando-se conter a explosão de litigiosidade, o segundo direciona-se a solucionar os efeitos dessa litigiosidade, buscando a uniformização de decisões possivelmente conflitantes.

6 AMPLA DEFESA E CONTRADITÓRIO X CELERIDADE PROCESSUAL

Os princípios da ampla defesa e do contraditório estão previstos constitucionalmente, no art.5º, LV da CF, o qual expressa: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

É importante ressaltar que a ampla defesa e o contraditório são princípios distintos, mas intrinsecamente interligados. O contraditório diz respeito ao direito de informação e reação em uma demanda, tanto do autor como do réu. Já a ampla defesa é a possibilidade de utilizar todos os meios e recursos no direito admitidos para a satisfação de sua pretensão.

A consecução plena desses princípios esbarra na complexidade das relações sociais e no maior acesso ao judiciário, o que vem acarretando a instauração exorbitante de processos. Essa explosão de litigiosidade, diante de um judiciário de estrutura deficiente, tem provocado a morosidade no julgamento das lides e por isso a preservação dos referidos princípios se torna cada vez mais difícil.

No afã de amenizar a lentidão do judiciário, foi inserido em nossa Constituição Federal, através da EC 45, o princípio da duração razoável do processo. Posteriormente, surgiram instrumentos processuais a fim de promover a adequação à Lei Maior, como os recursos repetitivos, as súmulas vinculantes, a lei sobre repercussão geral, entre outros.

Observando-se a grande quantidade de reformas feitas ao atual CPC, viu-se a desarmonia do mesmo aos novos anseios da sociedade, surgindo a necessidade de elaborar um novo sistema processual civil, proposta do Projeto de Lei nº 166/2010 do Senado Federal. Neste, não foram apenas idealizados novos instrumentos processuais, mas uma reestruturação do Código Processo Civil, cujo lema maior é a celeridade processual. Diante disso, o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas busca efetivar o propósito desse novo



sistema.

O questionamento que surge é se esse novo instituto, ao não viabilizar a participação legítima e simétrica de todos os titulares do direito suscitado no incidente, estaria contrapondo-se ao princípio da ampla defesa e contraditório.

Ora, todo o sistema marcha na direção de garantir uma prestação jurisdicional célere e efetiva. Isso quer dizer que os julgamentos processuais devem respeitar uma duração razoável, permitindo o contraditório e a ampla defesa. Assim, o Projeto de Lei nº 166/2010, no Título destinado ao IRDR, no seu art. 901, prevê a participação das partes e dos demais interessados, inclusive pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia. Logo em seguida, o art. 902, §1º, assegura o direito ao contraditório e ampla defesa das partes no processo originário e do Ministério Público.

Diante da dinâmica do incidente, como já exposto, o mesmo se destina à celeridade processual e o desafogamento do judiciário na primeira instância, de forma a deixá-lo livre para julgar os processos não repetitivos. Assim, não se pode conceber a participação de todos os interessados no incidente de forma simétrica, pois isso causaria um verdadeiro tumulto processual, obstando a finalidade do instituto.

Ademais, cabe ressaltar, que o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas destina-se apenas as questões de direito comum aos processos pendentes. As questões de fato e qualquer outra nuance de cada processo individual será discutido no juízo competente, podendo o exercício do contraditório e da ampla defesa serem exercidos nesse âmbito.

Portanto, corrobora-se com a ideia de Lima (2008) ao afirmar que os dispositivos constitucionais devem ser interpretados de forma sistemática, de modo que as partes têm direito a ampla defesa e contraditório, porém pautando-se o Estado-juiz na celeridade e efetividade da prestação jurisdicional.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em síntese, pode-se dizer que o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas à luz do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil vem para tutelar de forma específica, direitos individuais homogêneos, solucionando demandas em massa, por meio de uma tese formulada pelo Tribunal que incidirá sobre todos os processos pendentes. Dessa forma,



pautado nos princípios da celeridade processual e segurança jurídica, esse incidente impedirá a chamada loteria judiciária, na qual, ações com mesma questão de direito são julgadas de formas divergentes, de acordo com o entendimento do juiz.

Assim, esse instituto será de relevância sob o ponto de vista social, pois no momento em que o judiciário se mostra eficaz, célere, garantindo a prestação jurisdicional de forma igualitária, a sociedade dará mais credibilidade ao sistema judiciário brasileiro.

REFERÊNCIAS

CABRAL, Antônio do Passo. O novo procedimento-alemão (Musterverfahren): uma alternativa às ações coletivas. **Revista de Processo**, [S.l.], n. 147, p.125-145. 2007. Disponível em: <http://uerj.academia.edu/AntonioCabral/Papers/144617/O_novo_Procedimento-Modelo_Musterverfahren_alemao_uma_alternativa_as_acoes_coletivas>. Acesso em: 30 abr. 2012.

DIDIER JR., Fredie ZANETI JR., HERMES. **Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo**. 6 ed. Salvador: Jus PODIVM, 2011.

DINAMARCO, Pedro da Silva. **Ação Civil Pública**. [s.n]. São Paulo: Saraiva, 2011.

LENZA, Pedro. **Teoria Geral da Ação Civil Pública**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

ROSA, Renato Xavier da Silveira. **Relação entre demandas e o incidente de coletivização**: uma análise do incidente de resolução de demandas repetitivas em face dos processos coletivos. Disponível em: <<http://www.renatorosa.com/relao-entre-demandas-e-o-incidente-de-coletizacao-uma-anlise-do-incidente-de-resolu-de-demandas-repetitivas-em-face-dos-processos-coletivos>>. Acesso em 21 abr. 2012.



ROSSONI, Igor Bimkowsik. **O incidente de demandas repetitivas e a introdução do group litigation no direito brasileiro**: avanço ou retrocesso. Disponível em: <http://usp-br.academia.edu/IgorRossoni/Papers/217685/O_incidente_de_resolucao_de_demanda_repetitivas_e_a_introducao_do_group_litigation_no_direito_brasileiro_avanco_ou_retrocesso>. Acesso em 20 abr. 2012.

APPLICABILITY OF THE INCIDENT OF RESOLUTION OF REPETITIVE DEMANDS IN BRAZILIAN PROCEDURAL SYSTEM

ABSTRACT

This article, by analyzing the social-historical and doctrinal, aims to make some explanations about the Incident of Resolution of Repetitive Demands, present in the Bill nº 166/2010. This new institute is intended to resolve procedural demands of mass, basing itself on the constitutional principles of celerity, equality and effectiveness of judicial assistance. Thus, the main objective is to analyze the incident, with respect its relevance to the Brazilian legal system, demonstrating the influence of foreign institutes in its planning and the perception of social context in which it appears. In addition, it seeks to understand the dynamics of this instrument in the search for effective justice access and to analyze questions about the mitigation of some procedural principles.

Keywords: Incident of Resolution of Repetitive Demands. Mass demands. Celerity. Equality. Effectiveness.



A INADMISSIBILIDADE DA PEC 37/11: UMA ANÁLISE PELA DEFESA DO PODER INVESTIGATÓRIO CRIMINAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Ana Beatriz Fernandes Coelho Chagas

Acadêmica do 3º período do Curso de Direito da UFRN
Monitora de Direito Civil I e Membro do Cine Legis

RESUMO

O presente artigo tem por escopo analisar a inadmissibilidade da Proposta de Emenda à Constituição 37/11. Para tanto, demonstra a inexistência de impedimento constitucional ao exercício direto dos Poderes de investigação criminal pelos membros Ministério Público, diante da consagração da Teoria dos Poderes Implícitos na hermenêutica constitucional, assim como demonstrando a plena compatibilidade das investigações criminais empreendidas pelo *Parquet* com o sistema processual penal acusatório. Defende, pois, a plenitude dessa prerrogativa a ser exercida pelos membros do Ministério Público – em caráter subsidiário – que vem sendo, inclusive, reiterada em diversos julgados do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. Nessa perspectiva, estabelece a importância do poder investigatório do Ministério Público, especialmente no âmbito da criminalidade de “colarinho branco”. Ponderando, principalmente, fatos e valores em jogo, e, consequências práticas que podem resultar da aprovação da PEC 37/11, considera patente a sua inadmissibilidade. Conclui, ademais, que a referida

PEC viola o princípio constitucional de vedação ao retrocesso social.

Palavras-chave: Ministério Público. Poder Investigatório. PEC 37/11. Inadmissibilidade.

1 INTRODUÇÃO

A Proposta de Emenda à Constituição 37/11, cuja autoria remonta ao Deputado Federal Lourival Mendes, pretende acrescentar, ao artigo 144 da CF, o parágrafo 10º, fazendo com que as investigações criminais sejam conduzidas privativamente pelas Polícias Federal e Civil dos Estados-membros e do Distrito Federal.

Tal proposta, equivocada e incoerente quando confrontada com valores da *Lex Fundamental* de 1988, situa-se em rumo diametralmente diverso do consolidado, hodiernamente, em quase todos os países que adotam um modelo processual penal acusatório, a exemplo da Itália, Alemanha, dos EUA, ou mesmo do Chile.

Nesses países, há uma crescente tendência à consolidação do exercício da atividade investigatória criminal do Ministério Público, ao contrário do que, de forma curiosa, pretende estabelecer a Proposta de Emenda à Constituição 37/11.

Fato é que a possibilidade das investigações criminais serem conduzidas diretamente pelos membros do Ministério Público vem sendo alvo de amplas divergências doutrinárias e jurisprudenciais.

Não obstante, diante da importância e delicadeza do tema, urge consolidar uma solução conforme a Constituição, que também se mostre adequada à atual realidade política e jurídica da sociedade brasileira. Defendeu o insigne jurista alemão Konrad Hesse, nesse sentido, que a Carta Política de um país tanto conforma a realidade, como é por ela conformada.

E a atual realidade brasileira revela: a tese da impossibilidade de investigações criminais serem conduzidas pelo Ministério Público, objeto da PEC 37/11, interessa, de modo especial, aos indivíduos para os quais o sistema penal se mostrou tradicionalmente omissivo, aos chamados “criminosos do colarinho branco”.

Não se defende aqui, portanto, a realização da investigação direta penal do Ministério Público em caráter central, mas seu exercício subsidiário.



Além disso, não apenas como forma de consolidar o princípio da eficiência na persecução penal almejando resultado favorável na pretensão acusatória, em desrespeito a direitos e garantias individuais, e ao devido processo legal. Todavia, empreendida com a absoluta observância aos direitos e garantias fundamentais do investigado, sem olvidar da necessária submissão ao controle externo do Poder Judiciário, por exemplo.

2 DA INEXISTÊNCIA DE IMPEDIMENTO CONSTITUCIONAL AO EXERCÍCIO DOS PODERES INVESTIGATÓRIOS CRIMINAIS DO *PARQUET*

A Carta Magna de 1988 não concedeu, explicitamente, de fato, a possibilidade de investigações criminais serem conduzidas diretamente por membros do Ministério Público. Tampouco cristalizou um monopólio no exercício investigativo criminal às polícias judiciárias, como o proponente da nefasta PEC 37/11 tenta estabelecer.

Nesse diapasão, enuncia-se no artigo 144 *caput*, inciso IV do parágrafo 1º, também no § 4º, *in verbis*:

Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos: § 1º A polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se a: IV - exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União. § 4º - às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares.

Uma exegese minimamente cuidadosa do artigo 144 da CF derruba essa tese do monopólio da Polícia, invocada por alguns críticos dos poderes investigatórios criminais do *Parquet*. O artigo 144, na verdade, não atribui exclusividade na condução de investigações criminais às Polícias, mas, tão-somente, confere o exercício exclusivo da função de *polícia judiciária* às Polícias Federal e Civil.

Nesse sentido, em parecer sobre o tema Luís Roberto Barroso (2004,



p. 11) aduz:

Parece fora de dúvida que o modelo instituído pela Constituição de 1988 não reservou ao Ministério Público o papel de protagonista da investigação penal. De fato, tal competência não decorre de nenhuma norma expressa, sendo certo que a função de polícia judiciária foi atribuída às Polícias Federal e Civil, com explícita referência, quanto a esta última, da incumbência de apuração de infrações penais, exceto as militares (art. 144, IV e § 4º).

Ora, o Legislador Constituinte, ao atribuir de forma expressa essa competência às Polícias Judiciárias, não excluiu, automaticamente, a possibilidade de ser exercida pelos membros do Ministério Público. Como já asseverou Eros Roberto Grau, (2003, p. 145) “não se interpreta a Constituição em tiras, aos pedaços”.

O Superior Tribunal de Justiça também já demonstrou a absoluta distinção entre o exercício de função investigatória – plenamente compatível com as finalidades do Ministério Público – e de polícia judiciária:

Não é, portanto, da índole do direito penal a feudalização da investigação criminal na Polícia e a sua exclusão do Ministério Público. Tal poder investigatório, independentemente de regra específica, é manifestação da própria natureza do direito penal (...). Essa função de polícia judiciária – qual seja, a de auxiliar o poder judiciário –, não se identifica com a função investigatória, qual seja, a de apurar infrações penais, bem distinguidas no verbo constitucional, como exsurge do preceituado no parágrafo 4º do artigo 144 da Constituição Federal.¹

Nessa mesma linha de intelecção posiciona-se Rômulo Andrade de Moreira (2000, p. 4) ao enunciar que a Constituição não deu exclusividade de apuração das infrações penais a apenas uma Instituição, pois “observa-se que um outro artigo da mesma Carta (art. 58, § 3º), dá poderes à Comissão

¹ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial 2001/091236-6. T6. Min, Hamilton Carvalhido. j. 15/02/2003.



Parlamentar de Inquérito para investigação própria e, adiante, como já demonstrado, concede a mesma prerrogativa ao Ministério Público”.

Essa prerrogativa é concedida ao MP mais adiante, na medida em que o artigo 129 da Carta Magna, em seu inciso IX, estabelece ser competência do *Parquet* exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.

Lênio Luiz Streck e Luciano Feldens (2003, p.76) demonstram, nesse diapasão, o grande equívoco dos que desconsideram a inexistência de taxatividade quanto às funções atribuídas pela CF/88 ao Ministério Público, “a consideração de que as atribuições conferidas ao Ministério Público são taxativas, esgotando-se em sua literalidade mesma. Equívoco, data vênia, grave”.

2.1 A Teoria dos poderes implícitos na hermenêutica constitucional

Ponto extremamente consolidado na hermenêutica do constitucionalismo hodierno é a Teoria dos poderes implícitos, conhecida também como doutrina dos *inherent powers*. Constituída em 1819, a partir do caso *Mcculloch versus Maryland*, da Suprema corte norte-americana, viu-se consagrada na ordem constitucional brasileira.

Vários precedentes das Egrégias Cortes Supremas demonstram a plena aceitação dos poderes implícitos no Direito pátrio, não obstante a crítica emanada dos ensinamentos magistrais de Bonavides (2011, p. 474) a esse “princípio”, completamente vinculado à ideologia liberal, considerado, ainda, como uma das criações mais racionais do Estado Liberal no âmbito do Direito. Ou mesmo, comparável, segundo o insigne jurista, à introdução da separação dos poderes para a proteção jurídica da liberdade.

Certo é, no entanto, que, na questão em análise – dos poderes investigatórios diretos do Ministério Público na seara criminal –, a doutrina dos Poderes Implícitos tem se revelado como um bom instrumento para alcançar uma solução, legítima e constitucional, ante a inexistência de regra explícita.

Conforme elucidou o Ministro Celso de Mello², “a outorga de competência expressa a determinado órgão estatal, importa em deferimento implícito, a esse mesmo órgão, dos meios necessários à integral realização dos

² SUPERIOR TRIBUNAL FEDERAL. MS 26.547/DF. Min, Celso de Mello. j. 23/05/2007.



fins que lhe foram atribuídos”.

Nessa perspectiva, Story citado por Bonavides (2011, p. 473) afirma que, na interpretação de um poder, todos os meios necessários a executá-lo são considerados, desse modo, parte do próprio poder. Resultando tal da natureza mesma e do fim de uma Constituição.

Portanto, apesar de não haver no texto constitucional expressa menção à possibilidade das investigações criminais serem diretamente conduzidas pelos membros do *Parquet*, a aceitação da doutrina em comento demonstra a plena constitucionalidade dessa prerrogativa.

Assim, se a cada poder atribuído pela Lei Máxima são implicitamente conferidos amplos meios para o exercício daquele explícito poder embrionário, a Carta de Outubro de 1988, ao estabelecer o MP como titular exclusivo da ação pública, não lhe pode retirar a possibilidade de aperfeiçoar a persecução penal, por meio da promoção de diligências investigatórias.

2.2 A compatibilidade com o modelo processual penal acusatório

O sistema processual penal acusatório, adotado pela Constituição Federal de 1988, tem como principal característica a pluralidade de sujeitos processuais – partes e juiz –, assim como a separação das funções, isto é, à acusação, ao acusado e ao juiz são designados diferentes papéis, viabilizando, assim, a ampla defesa e o contraditório.

A incompatibilidade das investigações penais ministeriais com o sistema processual acusatório é invocada, de forma completamente equivocada, por muitos dos defensores da impossibilidade desse exercício aos membros do MP. Não obstante, que há de incompatível com o sistema acusatório que o órgão incumbido de acusar realize também investigação? Dada vênha aos defensores dessa tese, absolutamente nada. Havendo a condução das investigações diretamente por membros do MP, em nada será prejudicada a necessidade de separação das funções de acusar, defender e julgar.

Nesse sentido, pondera Calabrich (2008, p. 621):

Tem-se aí um argumento cujo equivoco é calcado na distorção da definição de cada um dos modelos processuais penais. (...). A afirmação de que quem *investiga não pode acusar* faz sentido se se está tratando de um sistema misto, no qual a distribuição de funções



é distinta da verificada no sistema acusatório. No sistema misto, a instrução preliminar fica a cargo de uma autoridade que integra o poder judiciário (de regra, um juiz instrutor) e, nessa qualidade, é dotado de amplos poderes para a colheita de provas, inclusive no que diga respeito a limitações na esfera das liberdades individuais. A autoridade policial, e mesmo o Ministério Público (quando não seja este dotado de poderes próprios das autoridades judiciárias), nesse sistema, são órgãos meramente auxiliares da investigação. Após encerrada a instrução preliminar produzida por esse juiz, então, é entregue a outro sujeito, legitimado para a deflagração do processo mediante a formalização da acusação – que será julgada por autoridade judiciária diversa daquela responsável pela investigação. Nesse sistema, portanto, quem investiga não pode acusar nem julgar; quem julga, não pode investigar nem acusar.

Portanto, como continua ponderando Calabrich (2008), a crítica à investigação pelo Ministério Público com respaldo na sua suposta incompatibilidade com o sistema processual penal adotado no Brasil, é completamente desconexa. A objeção só poderia fazer algum sentido, caso o Brasil tivesse optado por um modelo do juizado de instrução.

O professor italiano Luigi Ferrajoli, árduo defensor do processo penal garantista, em palestra ministrada na cidade de Porto Alegre no dia 01.05.2007, manifestou-se quanto à plena compatibilidade entre a investigação criminal direta ministerial e o garantismo penal.

Eu acredito que não existam contradições entre o papel de investigação, de defesa da segurança, e o papel garantista em relação aos direitos (...). Porque a segurança depende da aplicação da eficiência e esta, por sua vez, existe e é válida quando possui condições de verificar a verdade processual. (FERRAJOLI, *apud* CALABRICH, 2008, p. 630).

3 O ATUAL ENTENDIMENTO DO STF E DO STJ

Algumas ações diretas de inconstitucionalidade a respeito de tão



sensível e importante temática, a exemplo das ADIs 2.943, 3309, 3317, 3318, 3329, 3337, 3349 e 3806, conforme expõe Pedro Lenza (2011, p. 775), ainda aguardam julgamento no STF.

No entanto, são diversos os julgados recentes do STF regulamentando a possibilidade de atuação direta do MP nas investigações criminais, como forma de aperfeiçoar a persecução criminal. Não se reconhece, portanto, violação ao artigo 144, em seu parágrafo 1º, I a IV, o qual, segundo o STF deve ser harmonizado com as funções atribuídas ao *Parquet*, nos termos do artigo 129, I, VI, VIII, IX, CF/88. (LENZA, 2011, p. 774).

Por exemplo:

EMENTA: HABEAS CORPUS. TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL. FALTA DE JUSTA CAUSA. EXISTÊNCIA DE SUPORTE PROBATÓRIO MÍNIMO. REEXAME DE FATOS E PROVAS. INADMISSIBILIDADE. POSSIBILIDADE DE INVESTIGAÇÃO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. DELITOS PRATICADOS POR POLICIAIS. ORDEM DENEGADA. 1. A presente impetração visa o trancamento de ação penal movida em face dos pacientes, sob a alegação de falta de justa causa e de ilicitude da denúncia por estar amparada em depoimentos colhidos pelo ministério público. 2. A denúncia foi lastreada em documentos (termos circunstanciados) e depoimentos de diversas testemunhas, que garantiram suporte probatório mínimo para a deflagração da ação penal em face dos pacientes. 3. A alegação de que os pacientes apenas cumpriram ordem de superior hierárquico ultrapassa os estreitos limites do habeas corpus, eis que envolve, necessariamente, reexame do conjunto fático-probatório. 4. Esta Corte tem orientação pacífica no sentido da incompatibilidade do habeas corpus quando houver necessidade de apurado reexame de fatos e provas (HC nº 89.877/ES, rel. Min. Eros Grau, DJ 15.12.2006), não podendo o remédio constitucional do habeas corpus servir como espécie de recurso que devolva completamente toda a matéria decidida pelas instâncias ordinárias ao Supremo Tribunal Federal. 5. *É perfeitamente possível que o órgão do Ministério Público promova a colheita de determinados elementos de prova que demonstrem a existência da autoria e da materialidade de determinado delito. Tal conclusão não significa retirar da Polícia*



Judiciária as atribuições previstas constitucionalmente, mas apenas harmonizar as normas constitucionais (arts. 129 e 144) de modo a compatibilizá-las para permitir não apenas a correta e regular apuração dos fatos supostamente delituosos, mas também a formação da opinio delicti. 6. O art. 129, inciso I, da Constituição Federal, atribui ao parquet a privatividade na promoção da ação penal pública. Do seu turno, o Código de Processo Penal estabelece que o inquérito policial é dispensável, já que o Ministério Público pode embasar seu pedido em peças de informação que concretizem justa causa para a denúncia. 7. Ora, é princípio basilar da hermenêutica constitucional o dos “poderes implícitos”, segundo o qual, quando a Constituição Federal concede os fins, dá os meios. Se a atividade fim - promoção da ação penal pública - foi outorgada ao parquet em foro de privatividade, não se concebe como não lhe oportunizar a colheita de prova para tanto, já que o CPP autoriza que “peças de informação” embasem a denúncia. 8. Cabe ressaltar, que, no presente caso, os delitos descritos na denúncia teriam sido praticados por policiais, o que, também, justifica a colheita dos depoimentos das vítimas pelo Ministério Público. 9. Ante o exposto, denego a ordem de habeas corpus.³

EMENTA: Habeas corpus. 2. Poder de investigação do Ministério Público. 3. Suposto crime de tortura praticado por policiais militares. 4. Atividade investigativa supletiva aceita pelo STF. 5. Ordem denegada.⁴

EMENTA: DIREITO PROCESSUAL PENAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. PEDIDO DE AFASTAMENTO DE SIGILO BANCÁRIO E FISCAL DE INVESTIGADO. PROCEDIMENTO JUDICIAL. PODERES INVESTIGATÓRIOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO. IMPROVIMENTO DA PARTE CONHECIDA. (...) 4. Remanesce a questão afeta à possibilidade de o Ministério Público promover procedimento administrativo de cunho investigatório e o possível malferimento da norma

³ SUPERIOR TRIBUNAL FEDERAL. HC 91661/PE. T2. Min. Ellen Gracie. j. 10/03/2009 (grifo nosso).

⁴ SUPERIOR TRIBUNAL FEDERAL. HC 9330/ RJ. T2. Min. Gilmar Mendes. j. 07/02/2010.



contida no art. 144, § 1º, I e IV, da Constituição Federal. 5. No caso concreto, tal debate se mostra irrelevante, eis que houve instauração de inquérito policial para apurar fatos relacionados às movimentações de significativas somas pecuniárias em contas bancárias, sendo que o Ministério Público requereu, a título de tutela cautelar inominada, a concessão de provimento jurisdicional que afastasse o sigilo dos dados bancários e fiscais do recorrente. Tal requerimento foi feito junto ao juízo competente e, portanto, não se tratou de medida adotada pelo Ministério Público sem qualquer provimento jurisdicional. 6. *Contudo, ainda que se tratasse da temática dos poderes investigatórios do Ministério Público, melhor sorte não assistiria ao recorrente. A denúncia pode ser fundamentada em peças de informação obtidas pelo órgão do MPF sem a necessidade do prévio inquérito policial, como já previa o Código de Processo Penal. Não há óbice a que o Ministério Público requisite esclarecimentos ou diligencie diretamente a obtenção da prova de modo a formar seu convencimento a respeito de determinado fato, aperfeiçoando a persecução penal, mormente em casos graves como o presente que envolvem altas somas em dinheiro movimentadas em contas bancárias.* 7. A hipótese não envolve a eficácia retroativa da Lei nº 10.174/01 - eis que esta se restringiu à autorização da utilização de dados para fins fiscais -, e sim a apuração de ilícito penal mediante obtenção das informações bancárias. 8. Recurso parcialmente conhecido e, nesta parte, improvido.⁵

Vê-se, portanto, que o supremo guardião da Carta Magna já reconheceu o poder investigatório do Ministério Público, como imperativo decorrente de suas atribuições constitucionais.

É, pois, praticamente pacífico, hoje, no STF, o reconhecimento da validade e constitucionalidade da atuação ministerial em apurações criminais, em casos especiais, quando se configure a inexistência ou ineficiência das apurações promovidas pelos órgãos policiais.

No Superior Tribunal de Justiça a questão tem recebido semelhante tratamento. Vejamos:

⁵ SUPERIOR TRIBUNAL FEDERAL. RE 535478/SC. T2. Min, Ellen Gracie. j. 28/10/2008 (grifo nosso).



RECURSO ESPECIAL. PENAL. CRIMES DE FRAUDE À LICITAÇÃO. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELA MORTE DE UM DOS AGENTES E EM RELAÇÃO AO CRIME PREVISTO NO ART. 90 DA LEI N.º 8.666/93. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. LAPSO TEMPORAL. MINISTÉRIO PÚBLICO. PODERES DE INVESTIGAÇÃO. LEGITIMIDADE. LEI COMPLEMENTAR N.º 75/93. ART. 4.º, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. INCOMPETÊNCIA. PRECEDENTES. (...) 3. É consectário lógico da própria função do órgão ministerial - titular exclusivo da ação penal pública - proceder à coleta de elementos de convicção, a fim de elucidar a materialidade do crime e os indícios de autoria. 4. Malgrado seja defeso ao Ministério Público presidir o inquérito policial propriamente dito, “é perfeitamente possível que o órgão do Ministério Público promova a colheita de determinados elementos de prova que demonstrem a existência da autoria e da materialidade de determinado delito, ainda que a título excepcional, [...]”. Tal conclusão não significa retirar da Polícia Judiciária as atribuições previstas constitucionalmente, mas apenas harmonizar as normas constitucionais (arts. 129 e 144) de modo a compatibilizá-las para permitir não apenas a correta e regular apuração dos fatos supostamente delituosos, mas também a formação da opinião delicti.” (STF - RE 468.523/SC, 2.ª Turma, Rel. Min. ELLEN GRACIE, DJ de 19/02/2010.) 5. A Polícia Judiciária não possui o monopólio da investigação criminal, possuindo o Ministério Público legitimidade para determinar diligências investigatórias. Inteligência da Lei Complementar n.º 75/93 e do art. 4º, parágrafo único, do Código de Processo Penal. Precedentes.⁶

HABEAS CORPUS. EXTORSÃO. ALEGAÇÃO DE INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO. PRECLUSÃO. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA PROCEDER INVESTIGAÇÕES. POSSIBILIDADE. (...) 2. Esta Corte

⁶ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial 1.020.777/MG. T5. Min. Laurita Vaz. j. 09/03/2011.



tem proclamado que, a teor do disposto no art. 129, VI e VIII, da Constituição Federal, e nos arts. 8º da Lei Complementar nº 75/93 e 26 da Lei nº 8.625/93, o Ministério Público, como titular da ação penal pública, pode proceder investigações e efetuar diligências com o fim de colher elementos de prova para o desencadeamento da pretensão punitiva estatal, sendo-lhe vedado tão-somente realizar e presidir o inquérito policial. 3. Na espécie, a atuação direta do Ministério Público na fase de investigação se revelou indispensável, por se tratar de infração penal cometida no âmbito da própria polícia civil. A partir da notícia levada a efeito pelas vítimas, cumpria ao Parquet, no exercício de sua missão constitucional de titular da ação penal pública, apurar os fatos, de forma a assegurar, de maneira eficaz, o êxito das investigações. 4. Ordem denegada.⁷

4 A AMPLITUDE E RELEVÂNCIA DAS ATRIBUIÇÕES DO MP NA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL: O PATENTE RETROCESSO DA PEC 37/11

4.1 A criminalidade de “colarinho branco”

O termo, cunhado na década de 1930, por Sutherland, estudioso norte-americano, tem tido hoje seu espectro de abrangência ampliado, e, sua precisa conceituação ainda é obscura. No entanto, o sentido empregado pioneiramente por Sutherland ao “*white-collar crime*” relacionava-se aos crimes praticados por pessoa de elevado status socioeconômico, ocorrendo, quase sempre, no exercício de atividade empresarial.

Muito embora a crítica de alguns estudiosos a essa conceituação de Sutherland, em virtude da imprecisão de sua abrangência, comentando sobre a temática, Cláudia Cruz Santos, citada por Franco Strini, afirma que, a noção de crime do colarinho branco deve ser compreendida também em um sentido teleológico, do caráter de impunidade que paira no espectro desse

⁷ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Habeas Corpus 60.976/ES. T6. Min. Og Fernandes. j. 04/10/2011.



tipo de conduta – sendo que Sutherland teria elaborado o termo criminológico peremptoriamente nesse sentido.

Nessa perspectiva da desigualdade de tratamento da administração da justiça penal assevera a autora, interpretando a obra de Sutherland, que: “as pessoas de classe socioeconômica mais alta são mais poderosas política e financeiramente e escapam em maior número à detenção e à condenação do que as pessoas a quem falta aquele poder”. (SANTOS, Cláudia Cruz, *apud* FRANCO, Strini, 2003, não paginado).

É possível asseverar, entretanto que, apesar da ausência de delimitação exata, o conceito de crimes do colarinho branco tem sido alargado e continua servindo para denominar os crimes que atingem bens jurídicos de feição “transindividual”, relacionados também à criminalidade econômica. Segundo Luciano Feldens (2002, p. 116):

A criminalidade de colarinho branco disputa território com a nomenclatura delinquência econômica, concebendo a criminalidade de colarinho branco e delinquência econômica como designações idênticas quanto à classe de infrações penais (...) a relação seria de espécie e gênero, tudo a depender também da amplitude maior ou menor que se venha conferir ao conceito de criminalidade econômica.

O autor em comento continua esclarecendo mais a frente que a forma complexa de cometimento desses delitos, sua particular gravidade e incidência socioeconômica e a sujeição ativa característica desse tipo de delinquência, no universo do Direito Positivo brasileiro, são caracteres que permitem relacioná-la às infrações penais que integram o que se convencionou denominar “Direito Penal Econômico”, a abranger, essencialmente, os crimes contra ordem econômica, tributária, em detrimento do sistema financeiro nacional e as infrações penais que lhes façam correlatas, tal o exemplo do crime de lavagem de dinheiro. “Em comum esses delitos exteriorizam, além de uma vergonhosa cifra negra, um elevado grau de danosidade social”. (FELDES, Luciano, 2002, p. 118).

4.2 As investigações criminais do MP e o retrocesso da PEC 37/11

Ao considerar o Ministério Público uma instituição permanente, o Legislador Constituinte de 1988 atribuiu-lhe a incumbência de defender



a ordem jurídica, o regime democrático, bem como os interesses sociais e individuais indisponíveis (artigo 127, caput, CF).

Destarte, a *Lex Mater* consolidou o MP como uma instituição essencial à defesa da sociedade, ao ampliar sobremaneira suas funções e competências, tanto na seara penal – tendo em vista a sua competência privativa de promover a ação penal pública (artigo 129, I) – como em outras áreas, no qual atua como defensor da legalidade e da moralidade administrativa, como fiscal dos Poderes Públicos, tendo, ainda, a titularidade na promoção do inquérito civil e da ação civil pública.

O poder investigatório criminal direto do *Parquet* situa-se nesse contexto de defesa do Estado Democrático de Direito, e das garantias individuais e sociais. Exemplos de atuação direta dos membros do MP demonstram a inoportunidade de deixar, em certos casos, as investigações criminais unicamente a cargo da Polícia Judiciária.

Nessa perspectiva, não se pretende desmerecer o trabalho da Polícia Judiciária e desfigurar a sua competência constitucional expressa de conduzir centralmente investigações criminais. No entanto, percebe-se que, a atuação subsidiária do MP nesse âmbito é hoje, cada vez mais, imperiosa para a eficiência, especialmente, das investigações sobre ilícitos “envolvendo policiais, políticos, altas autoridades e empresários com grande poder e influência sobre agentes públicos”. (CALABRICH, Bruno, 2008, p. 629).

Embora existam algumas desvantagens na investigação criminal conduzida diretamente pelo Ministério Público, é necessário – a partir do reconhecimento de sua compatibilidade com a Constituição de 1988 – reconhecer que, as consequências práticas da atuação ministerial nessa seara são, hoje, de extrema relevância para a eficiência da persecução penal, no que diz respeito, principalmente, aos já citados “crimes do colarinho branco”.

Não se pretende afirmar, ademais, serem as investigações ministeriais melhores e predominantes em relação às policiais. Entretanto, como pondera Barroso (2004, p. 17):

Sem a pretensão de uma elaboração sociológica mais sofisticada, e muito menos de empreender qualquer juízo moral, impõe-se aqui uma reflexão relevante. No sistema brasileiro, é a Polícia que atua na linha de fronteira entre a sociedade organizada e a criminalidade, precisamente em razão de sua função de investigar e instaurar inquéritos criminais. Por estar à frente das operações dessa natureza, são os seus agentes os mais



sujeitos a protagonizarem situações de violência e a sofrerem o contágio do crime, pela cooptação ou pela corrupção. O registro é feito aqui, porque necessário, sem incidir, todavia, no equívoco grave da generalização ou da atribuição abstrata de culpas coletivas.

Mesmo quando não conduzida isoladamente pelos membros do *Parquet*; a investigação empreendida de forma paralela ou cooperativa com a Polícia Judiciária mostra-se, certamente, mais eficiente. Assim ressalta Calabrich (2008, p. 629) que: “a prática tem revelado como regra que, somente uma atuação harmônica e coordenada entre diversos órgãos – MP, polícia, receitas, órgãos ambientais, corregedorias etc. – conduz a uma investigação de resultados satisfatórios”.

Vale ressaltar: eficiente não só no sentido de atingir uma eventual condenação dos investigados, mas, também em observância aos direitos fundamentais do acusado.

Em interessante estudo crítico sobre o tema, Paulo Rangel (2009, p. 98) relembra, de maneira clara, a enorme relevância dessa prerrogativa:

A grande criminalidade não está nas classes menos favorecidas, como sempre se afirmou, mas sim em determinados grupos detentores do poder político e econômico, que, abusando do poder que exercem frente ao Estado, lesam os cofres públicos, e, conseqüentemente, toda a sociedade (...). As classes menos favorecidas acabam na marginalidade em decorrência da política segregadora e racial desenvolvida pelo Estado brasileiro que é, e sempre foi, genuinamente, autoritário, não obstante se dizer em desenvolvimento e possuidor, hodiernamente, de uma Constituição democrática.

Regulamentado, hoje – esse poder – de acordo com Capez (2011, p. 145), tanto na Lei Complementar Federal n. 75/93 (do Ministério Público da União), em seu artigo 8º, ao assegurar expressamente o poder de realizar diretamente diligências investigatórias; como na Lei Federal n. 8.625/93 (dos Ministérios Públicos estaduais), que, em seu art. 26, prevê a possibilidade de o Parquet requisitar informações, exames periciais e documentos, promover inspeções e diligências investigatórias e notificar pessoas para prestar



depoimentos, podendo determinar a sua condução coercitiva.

Cristiano Chaves de Farias ao abordar tão relevante temática preleciona que (2000, p.2, grifo nosso):

Em hipóteses de grave repercussão pública (quando a opinião pública poderia influir no desate ou desenvolvimento das investigações) ou em casos outros nos quais a atividade policial possa sofrer influência política - até mesmo por não gozarem da garantia *da inamovibilidade* - impõe-se, em nome da própria coletividade, a atuação direta e pessoal do Ministério Público, que poderá formar um juízo de razão mais objetivo e direto.

Nesse sentido, reitera, com razão, Mazzilli (1996, p. 239) que, “tanto na área cível como criminal, admitem-se investigações diretas do órgão titular da ação penal pública do Estado. Para fazê-las, não raro se valerá de notificações e requisições”.

Complementa o autor em comentário:

Em matéria criminal, as investigações diretas ministeriais constituem exceção ao princípio da apuração das infrações penais pela polícia judiciária; contudo, há casos em que se impõe a investigação direta pelo Ministério Público, e os exemplos mais comuns dizem respeito a *crimes praticados por policiais e autoridades*. (1996, p. 400, grifo nosso).

Posiciona-se também José Reinaldo Guimarães Carneiro (2007, p. 181, grifo nosso):

A polêmica sobre as investigações independentes do Ministério Público, que traz, hoje, debate extraordinariamente acalorado na comunidade jurídica, teve crescimento considerável a partir de grandes investigações por promotores e procuradores da república. Em sua maioria, as investigações acabaram por elucidar fraudes no seio da comunidade política, com destaque contínuo para a compreensão dos mecanismos de desvio de dinheiro público para contas privadas,



algumas sediadas em paraísos fiscais no exterior. Não só, as investigações atingiram pessoas que, pertencentes à classe sócio-econômica brasileira privilegiada, eram ao longo de muitas décadas completamente intocáveis no direito penal, em história de centenária impunidade. Funcionários públicos, agentes políticos, ocupantes de cargos públicos, particulares em cooperação com a administração pública, enfim, uma enorme gama de pessoas normalmente referidas como de colarinho-branco têm enfrentado o direito penal justamente em decorrência da iniciativa do Ministério Público na busca da verdade sobre suas participações em graves investigações nacionais.

Situa-se a PEC 37/11 em um sentido de eminente retrocesso, destarte. A possível inserção de uma Emenda na Carta Magna que pretende retirar a possibilidade, hoje, regulamentada, da realização direta de investigações ministeriais – em consonância com direitos e garantias do acusado – representa retrocesso no âmbito da sociedade constitucional brasileira, devendo receber tratamento adequado, que ultrapasse meros interesses corporativistas.

Afirmou, nessa perspectiva, o insigne jurista Paulo Bonavides (2011, p. 371) que:

Poderosas forças coligadas numa conspiração política contra o regime constitucional de 1988 intentam apoderar-se do aparelho estatal para introduzir retrocessos na lei maior e revogar importantes avanços sociais, fazendo assim inevitável um antagonismo fatal entre o Estado e a Sociedade.

Como exemplo, alguns dados ilustrativos expostos por Luciano Feldens (2002, p. 143), podem ser de extrema importância nesse assunto – os quais, a propósito, foram colhidos a partir de investigações conduzidas pelo Ministério Público Federal em parceria com a Secretaria da Receita Federal. Demonstram esses dados, a lesão asséptica dessa forma de delinquência que aqui se está a tratar (criminalidade de colarinho branco).

Vejamos: Em 1998, 11,7 milhões de pessoas e 464.363 empresas não declararam imposto de renda. Todavia, tiveram capacidade financeira suficiente para movimentar nas instituições financeiras (bancos) 341,6 bilhões de reais, valor que escapou completamente ao fisco. Além disso, o Produto



Interno Bruto brasileiro, índice que registra toda a produção de bens e serviços do País e representa, em termos monetários, o porte da economia nacional, alcançou, neste mesmo ano, o patamar de R\$ 899,8 bilhões.

Em face desses dados o MPF no Rio Grande do Sul junto à receita federal procedeu à minuciosa investigação. Verificaram, por meio de suas diligências investigatórias, que, pelas contas correntes de apenas 15 (quinze) pessoas físicas transitou o montante exorbitante de R\$ 10.300.000.000,00 (dez bilhões e trezentos milhões de reais), sem o recolhimento de qualquer quantia aos cofres públicos. Outras 84 pessoas jurídicas inscritas, de maneira insólita, dentre as categorias “isentas”, “omissas”, “inativas”, e, “optantes” pelo sistema simples de tributação, revelaram uma também absurdamente incompatível movimentação financeira de R\$ 15.000.000.000,00 (quinze bilhões de reais).

Nesse diapasão, o MPF e a receita federal acabaram encontrando “uma teia de práticas delituosas, aliás, a comprovar a – eventualmente – estreita ligação entre o crime de colarinho branco e o Poder Constituído”. (FELDENS, Luciano, 2002, p. 144).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Almejando evitar o desvirtuamento do texto constitucional, o Legislador Constituinte estabeleceu limites para o poder de reforma. Assim, pode-se preservar a imprescindível unidade da Constituição.

Admitir essa possível Emenda – que, atualmente, está aguardando constituição de Comissão Temporária na Seção de Registro de Comissões – na Carta Máxima da Federação brasileira, significa admitir uma reforma, que em seus objetivos, anseios, e especialmente, em suas consequências práticas, contraria valores dominantes na sociedade constitucional estabelecida pela Carta Magna de 1988 – a exemplo da segurança, estatuída no *caput* do artigo 6º da CF/88.

Aceitá-la, portanto, significa coadunar com uma Constituição indiferente à realidade. Retirar do Ministério Público a possibilidade de promover diligências investigatórias, só poderá acabar agravando a nefasta impunidade no âmbito da criminalidade de “colarinho branco”.

Defendeu-se aqui, destarte, a investigação direta ministerial em caráter supletivo, ou subsidiário. Principalmente, no âmbito da criminalidade de “colarinho branco” que, tem como protagonistas indivíduos privilegiados política e economicamente, para os quais a atuação investigatória direta do



Parquet tem se revelado, como atividade demasiadamente incômoda.

Em última análise, a atuação investigatória ministerial acaba também sendo imperiosa para consolidar o direito fundamental à segurança, em seu viés de defesa do patrimônio público.

Será que se pode aceitar, ante o atual grau de evolução Constitucional do ordenamento jurídico pátrio, a interrupção de todas as investigações que, hoje, estão sendo conduzidas diretamente pelo Ministério Público, seja isolada, seja cooperativamente junto às Polícias Judiciárias?

Em sendo possível a participação direta do Ministério Público nas investigações criminais, atividade devidamente regulamentada – mesmo em caráter subsidiário – e conforme a Constituição, a edição dessa Proposta de Emenda, visando introduzir vedação, que não foi estabelecida pelo Poder Constituinte de 1988, implica em inadmissível retrocesso na tutela do Estado ao direito social fundamental à segurança pública, violando, em última análise, destarte, o princípio constitucional de vedação ao retrocesso social.

Mesmo admitindo a existência de alguns possíveis inconvenientes e problemas na investigação direta empreendida por membros do Ministério Público – da mesma maneira que existe, hoje, também, nas investigações policiais – não parece ser a PEC 37/11 uma solução sensata.

Consagrar a possibilidade de realização de diligências investigatórias criminais pelo *Parquet*, em caráter supletivo, e, com a devida regulamentação, a qual pode ser feita por meio de lei, por exemplo; além do controle possível e necessário do Poder Judiciário, parece ser um rumo mais adequado aos valores e às necessidades da sociedade constitucional brasileira.

REFERÊNCIAS

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. **Investigação pelo Ministério Público. Argumentos contrários e a favor. A síntese possível e necessária**. 2004. Disponível em: <http://www.mp.go.gov.br/portalweb/hp/7/docs/parecer_barroso_-_investigacao_pelo_mp.pdf>. Acesso em: 23 abr. 2012.

CALABRICH, Bruno. **Investigação criminal pelo Ministério Público: uma**



Renitente e Brasileira Polêmica, in Temas atuais do Ministério Público: a atuação do *Parquet* nos 20 anos da Constituição Federal. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CARNEIRO, José Reinaldo Guimarães. **O Ministério Público e suas investigações independentes**: reflexões sobre a inexistência de monopólio na busca da verdade real. São Paulo: Malheiros, 2007.

FARIAS, Cristiano Chaves de. **A Investigação Criminal Direta pelo Ministério Público e a Inexistência de Impedimento/Suspeição para o Oferecimento da Denúncia**. 2000. Disponível em: <http://www.juspodivm.com.br/novo/arquivos/artigos/processo_penal/invest_criminal-mp.pdf> Acesso em: 07 abr. 2012.

FRANCO, Rodrigo Strini. **Criminalidade do colarinho branco como fonte de desigualdade no controle penal**. Jus navigandi, ano 8, n. 65, 01 de maio de 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/4042/criminalidade-do-colarinho-branco-como-fonte-de-desigualdade-no-controle-penal/2>>. Acesso em: 05 de maio de 2012.

FELDENS, Luciano. **Tutela Penal de interesses difusos e crimes do colarinho branco**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2002.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**: interpretação e crítica. 8 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.



MAZZILLI, Hugo Nigro. **Regime jurídico do Ministério Público**. São Paulo: Saraiva, 1996.

MOREIRA, Rômulo De Andrade. **Ministério Público e poder investigatório criminal**. 2000. Disponível em: <http://www.juspodivm.com.br/i/a/%7B0EF44DA1-B477-40A2-8BF3-4F3E40EA21D6%7D_045.pdf> Acesso em: 07 abr. 2012.

RANGEL, Paulo. **Investigação criminal direta pelo Ministério Público**: visão crítica. 3. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

STRECK, Lenio Luiz; FELDENS, Luciano. **Crime e Constituição**: A legitimidade da função investigatória do Ministério Público. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

THE INADMISSIBILITY OF PEC 37/11: AN ANALYSIS DEFENDING CRIMINAL PROSECUTOR INVESTIGATIVE POWERS

ABSTRACT

This article analyzes the inadmissibility of the Proposed Amendment to the Constitution 37/11. For that, it demonstrates that there is no constitutional impediment to the direct exercise of criminal powers investigation by members of the public prosecutor, by showing the consecration of the inherent powers doctrine in constitutional hermeneutics, and demonstrating the full compatibility of criminal investigations undertaken by the procedural system *Parquet* criminal indictment. Argues, therefore, the fullness of this prerogative to be exercised by prosecutors, even on an alternative way, which has been even reiterated in various judged the Supreme Court



and the Superior Court. From this perspective, it establishes the importance of the investigative power of prosecutors, especially in the context of “white collar’s crime”. Considering mainly facts and values at stake, and practical consequences that may result from approval of PEC 37/11, sees that inadmissibility its evident. It concludes, moreover, that this PEC violates the constitutional principle of social backlash.

Keywords: Prosecutor. Investigative power. PEC 37/11. Inadmissibility.



AS CLÁUSULAS ABUSIVAS MAIS RECORRENTES NOS CONTRATOS IMOBILIÁRIOS E OS POSSÍVEIS MECANISMOS DE PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR

Alex Humboldt de Souza Ramos

Acadêmico do 7º período do
Curso de Direito da UFRN

Deusdeth Batista de Araújo Junior

Acadêmico do 7º período do
Curso de Direito da UFRN

RESUMO

Os contratos imobiliários constituem uma das espécies mais comuns de contratos por adesão. Todavia, essa constatação não impede que neles haja reiteradas práticas desrespeitosas aos direitos do consumidor. De um lado, as grandes empresas, fornecedores, comerciantes, que oferecem produtos e serviços que, baseados na demanda social, são desenvolvidos visando suprir necessidades. De outro, o consumidor, que precisa, muitas vezes de forma inadiável, de tais produtos e serviços. O sonho de consumo referente à moradia própria somada às dificuldades financeiras da população e à oferta de financiamento elástico para aquisição do referido bem é cenário mais que apropriado à concretização desses abusos. O presente artigo visa mostrar as cláusulas abusivas mais recorrentes nesse tipo de contrato e os meios de defesa à disposição do consumidor.

Palavras-chave: Consumidor. Contratos imobiliários. Abusos. Defesa de direitos. Ações possíveis.

1 INTRODUÇÃO

Com o advento da Constituição de 1988, uma nova face axiológica surgiu no ordenamento jurídico brasileiro. A Dignidade da Pessoa Humana passou a ser o princípio norteador e um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. Houve, a partir de então, a chamada constitucionalização do Direito Civil, através do dirigismo contratual, em que o Estado interfere nas relações particulares visando proteger esses novos valores.

Segundo lições de Pablo Stolze (2009, p. 46), a partir do momento em que se começou a perceber que a propriedade somente mereceria tutela se atendessem a uma determinada finalidade social, abandonou-se o antigo modelo oitocentista de concepção desse direito, que cederia lugar a uma doutrina mais afinada nos anseios da sociedade atual.

Assim, na busca pelo equilíbrio nas relações patrimoniais, tendo em vista a grande massificação e consequente expansão dos contratos de adesão, há uma mitigação na principiologia contratual (autonomia da vontade, força obrigatória dos contratos e efeitos *inter partes*), bem como uma mudança na mentalidade jurídica da ideia de contrato. Com efeito, surgem os princípios sociais do contrato, que, para alguns doutrinadores, configuram a nova teoria contratual. São eles: a função social do contrato, a boa-fé objetiva, e o equilíbrio material.

Esses novos princípios também devem estar presentes nas relações consumeristas, visando equilibrá-las ou, ao menos, atenuar suas discrepâncias. E isso se torna imperativo se consideramos que as relações de consumo, no geral, são essencialmente compostas por desiguais.

Do universo das relações consumeristas, os contratos de adesão merecem especial atenção por serem estipulados unilateralmente pela parte mais poderosa da relação. E os contratos imobiliários, dentre os contratos de adesão, hodiernamente, merecem destaque por serem bastante propícios às práticas abusivas.

É exatamente nesse cenário que as incorporadoras e imobiliárias buscam, sorrateiramente, através de subterfúgios empregados nos contratos, obter para si vantagens excessivamente desproporcionais, em detrimento de inúmeros consumidores contratantes. Estes, por sua vez, frente à euforia em adquirir um imóvel que, por vezes, constitui seu maior sonho de consumo, experimentam prejuízos financeiros e morais gerados maliciosamente pelos fornecedores.



O presente artigo visa alertar o consumidor acerca de cláusulas abusivas presentes nos contratos imobiliários, citando quais as mais recorrentes, explicando por que devem ser consideradas abusivas, e, ainda, buscando apontar as cautelas necessárias e as ações capazes de evitar ou reparar lesões ao consumidor.

2 AS CLÁUSULAS ABUSIVAS DOS CONTRATOS IMOBILIÁRIOS, AS CAUTELAS NECESSÁRIAS E AS POSSÍVEIS AÇÕES

Os contratos imobiliários são negócios jurídicos bastante propícios às práticas abusivas. Nessa espécie de avença, em geral, há algumas disposições que violam os princípios sociais do contrato e os direitos do consumidor. Obviamente, nem todo contrato de adesão formulado por uma empresa é idêntico ao de outra, mas há cláusulas abusivas comuns à maioria deles.

Quanto às referidas práticas, segundo lições de Felipe Peixoto Braga Netto (2011, p. 247), elas são proscritas pelo CDC, e sua exterminação dependerá de constante vigilância por parte dos consumidores e dos entes que detém atribuição para defendê-los.

2.1 A Taxa SATI

A Taxa SATI é um valor referente ao Serviço de Assessoria Técnico-Imobiliária, o qual vem sendo, reiteradamente, cobrado nos contratos de financiamento de imóveis. A justificativa apresentada pelas imobiliárias para essa cobrança são os custos de assistência para esclarecimentos gerais até à assinatura do contrato, bem como para análise econômica, dentre outros custos relativos a serviços de assistência jurídica que eventualmente venham a se fazer necessários.

A princípio, a mera prestação dos serviços acima referidos não constitui, por si só, uma irregularidade. O que o torna assim é a forma como ele figura nos contratos. Para que venha a ser regular, o oferecimento desse tipo de serviço deve ser claro, preciso, discriminado em contrato, preferencialmente em separado, para que as partes discutam suas peculiaridades, de forma a viabilizar a oportunidade de examinar as cláusulas com prudência e atenção necessárias.

Porém, na prática, o contratante é obrigado pela imobiliária a concordar com a inclusão de referida taxa, sob pena de não poder celebrar



o contrato. Em outras palavras, as imobiliárias impõem ao consumidor a aceitação da assessoria jurídica escolhida unilateralmente por ela, e é nessa cobrança forçada que resta caracterizada a ilegalidade.

Há, entretanto, situações em que a taxa SATI – que pode constar nos contratos com denominações diversas – vem disfarçada, fazendo com que o contratante sequer note sua existência. O adquirente do imóvel somente a percebe quando eventualmente realiza os cálculos das prestações, cuja soma demonstra a disparidade entre o valor das prestações pagas e o resultado do cálculo por ele efetuado. É quando, indagando à imobiliária, recebe a informação de que o valor excedente se refere à aludida taxa, a qual, para sua surpresa, realmente constava nos termos do contrato, disfarçadamente.

Quando a referida cobrança se dá de forma explícita, ela vai de encontro aos preceitos do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), visto que, dispondo sobre práticas abusivas, este veda ao fornecedor a hipótese de condicionar o fornecimento de produto ou de serviço ao fornecimento de outro produto ou outro serviço. É o que se convencionou chamar de proibição da “venda casada”.

De outro modo, se a cobrança da taxa SATI vier a ser inserida nos contratos de forma embutida, há afronta ao que está contido no artigo 31 do Código de Defesa do Consumidor, a saber:

Art. 31. A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa, sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores.

Diante de situações como essas, o consumidor, percebendo a inclusão de referida taxa no seu contrato, pode reclamar a sua exclusão à própria imobiliária e, em não sendo atendido, buscar judicialmente seus direitos. Se, de outra forma, o consumidor perceber tardiamente que referida cobrança constava do contrato que veio a assinar, ainda assim, pode recorrer à Justiça para pedir a devolução de seu dinheiro, que deverá ser restituído, segundo o CDC, em dobro, acrescido das respectivas correções monetárias e dos devidos juros, se não vejamos o que dispõe o artigo 42 de referido diploma legal:



Art. 42. O consumidor cobrado em quantia indevida tem direito à repetição do indébito, por valor igual ao dobro do que pagou em excesso, acrescido de correção monetária e juros legais, salvo hipótese de engano justificável.

Assim, a cobrança da taxa SATI, na forma estabelecida pelas imobiliárias, seja explícita ou camuflada, configura clara afronta aos direitos do consumidor, pois não possui qualquer amparo legal para que exista, devendo ser combatida pelas vias ordinárias.

2.2 A questão do atraso na entrega do imóvel

Estabelecem os artigos 35 e 51 do CDC:

Art. 35. Se o fornecedor de produtos ou serviços recusar cumprimento à oferta, apresentação ou publicidade, o consumidor poderá, alternativamente e à sua livre escolha:

I - exigir o cumprimento forçado da obrigação, nos termos da oferta, apresentação ou publicidade;

II - aceitar outro produto ou prestação de serviço equivalente;

III - rescindir o contrato, com direito à restituição de quantia eventualmente antecipada, monetariamente atualizada, e a perdas e danos.

Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

I - impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos. Nas relações de consumo entre o fornecedor e o consumidor pessoa jurídica, a indenização poderá ser limitada, em situações justificáveis;

(...)

Dispõem os artigos 43 e 65 da Lei 4.591/64:

Art. 43. Quando o incorporador contratar a entrega



da unidade a prazo e preços certos, determinados ou determináveis, mesmo quando pessoa física, ser-lhe-ão impostas as seguintes normas:

(...)

II - responder civilmente pela execução da incorporação, devendo indenizar os adquirentes ou compromissários, dos prejuízos que a estes advierem do fato de não se concluir a edificação ou de se retardar injustificadamente a conclusão das obras, cabendo-lhe ação regressiva contra o construtor, se for o caso e se a este couber a culpa;

(...)

Art. 65. É crime contra a economia popular promover incorporação, fazendo, em proposta, contratos, prospectos ou comunicação ao público ou aos interessados, afirmação falsa sobre a construção do condomínio, alienação das frações ideais do terreno ou sobre a construção das edificações.

PENA - reclusão de um a quatro anos e multa de cinco a cinquenta vezes o maior salário-mínimo legal vigente no País.

(...)

Malgrado existam tais prescrições legais, na prática, ocorre um verdadeiro abuso por parte das imobiliárias e/ou construtoras, que, na busca por mais compradores, estipulam prazos sabendo que estes não serão cumpridos.

Alegam as imobiliárias que os atrasos derivam de ocorrências inesperadas. Muitas vezes, apresentam qualquer fato no intuito de eximirem-se de suas obrigações. Todavia, é difícil imaginar que existam, realmente, acontecimentos imprevisíveis passíveis de causar tantos atrasos, principalmente para empresas que possuem vastíssima experiência no ramo.

Tomando-se como exemplo um contrato particular de compra e venda local, pode-se observar as seguintes disposições referentes ao prazo:

"A PROMITENTE VENDEDORA se obriga a entregar o empreendimento – XXXX RESIDENCE – Xxxxxx (Flat) até o dia 30.03.2010, sem prejuízo do disposto na cláusula Décima Sexta."

(...)



Cláusula Décima Sexta – CONCLUSÃO DAS OBRAS

16.1 – É admitida uma tolerância de cento e oitenta dias no prazo previsto para a conclusão da obra, bem como sua prorrogação pela ocorrência de caso fortuito ou de força maior, de acordo com o art. 393 do Novo Código civil, entendendo-se como tal, exemplificada, mas não exaustivamente:

- a) Greves parciais ou gerais;
- b) Suspensão ou falta de transportes;
- c) Falta de materiais na praça ou de mão de obra especializada;
- d) Chuvas prolongadas que impeçam ou dificultem etapas importantes da obra;
- e) Eventual embargo da obra, não resultante de incúria ou erro da VENDEDORA;
- f) Demora na execução dos serviços que são próprios de empresas concessionárias de serviços públicos;
- g) Demora na concessão do “habite-se” e outras autorizações legais, por motivos que não dependam da VENDEDORA;
- h) Reformas econômicas ou outros atos governamentais que interfiram no setor da construção.

Após breve análise de tal cláusula, percebe-se que, dificilmente, uma obra será entregue no prazo propagado em anúncios de rádio, TV, *outdoors*, pois as hipóteses de adiamento são as mais variadas, e o rol acima descrito é apenas exemplificativo, isto é, não se restringe somente a tais casos. Além disso, as empresas não podem alegar – e mesmo assim o fazem – que não seria possível prever os atrasos, tendo em vista, como já dito, a experiência que possuem no ramo.

Os fornecedores, ao empregarem os termos “admitida uma tolerância”, “prorrogação pela ocorrência de caso fortuito e força maior”, “exemplificada, mas não exaustivamente”, visam desarmar o consumidor, evitando uma eventual reclamação justificada. Eles alegarão que todas as ressalvas estavam presentes no contrato assinado outrora, assim como que há previsão no Código Civil que os exime de culpa. Estabelece o artigo 393 dessa lei:

Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se



expressamente não se houver por eles responsabilizado. Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir.

Entretanto, vislumbra-se que a maioria das situações enumeradas no rol supramencionado refere-se a fatos previsíveis e evitáveis. Ademais, não se pode olvidar que muitas dessas hipóteses constituem risco do empreendimento, e este jamais deve ser suportado pela parte hipossuficiente, o consumidor.

Diante disso, o consumidor pode se valer das opções constantes do artigo 35 do CDC, bem como, se lhe for conveniente, pedir a antecipação da tutela pleiteada, no sentido de autorizar o depósito judicial das parcelas contratadas que se vencerem durante o lento trâmite processual. É possível, ainda, que os consumidores sejam provisoriamente desincumbidos do pagamento das parcelas. Conforme lições de Sílvio de Salvo Venosa (2002, p. 394), nos contratos bilaterais, cada parte tem direito a exigir que a outra cumpra sua parcela na avença. É característica ínsita ao sinalagma presente nessa espécie de negócio. Permite a lei que o contratante suste sua parte no cumprimento até que o outro perfaça a sua.

Ademais, é sabido que o atraso na entrega de unidades imobiliárias deve ser indenizado, tanto nos contratos onde houver previsão a título de multa contratual quanto naqueles em que não houver. Além da multa contratual eventualmente prevista, todos os prejuízos efetivamente comprovados pelo atraso na entrega da unidade deverão ser considerados e compensados.

Percebe-se, portanto, que estipular tempo para o cumprimento da obrigação e, simultaneamente, estabelecer inúmeros pretextos para descumpri-lo equivale a não fixação de tal prazo.

2.3 A taxa de corretagem

A cobrança indevida de taxa de corretagem é outra questão polêmica. O problema é que não há um contrato de corretagem firmado entre as partes. Essa taxa é inserida disfarçadamente e, por vezes, nem consta no contrato.

Quando cobrada da maneira mencionada, é indevida, e, sendo assim, não se pode alegar que houve ciência prévia por parte do consumidor, pois este, levado pela euforia do momento da assinatura do contrato e sem



muito conhecimento jurídico, não se atenta ao teor de algumas cláusulas contratuais.

O fornecedor deve agir com boa-fé na realização dos contratos. A consciência do consumidor, acerca do que lhe cabe no contrato, deve ser certa, inequívoca. Logo, as artimanhas que camuflam a obrigação de arcar com a remuneração dos corretores fogem aos princípios norteadores do contrato, e, por isso mesmo, não devem prevalecer.

Embora haja prévio conhecimento do consumidor sobre a obrigação ora discutida, é de se questionar a sua validade, uma vez que os contratos de compra e venda de imóveis, em geral, são contratos de adesão e, portanto, garantem pouquíssima liberdade contratual. Nesses contratos, é dada ao consumidor a opção de aceitar ou não as cláusulas do contrato, sem que ele possa discuti-las.

Vale ressaltar, ainda, que há de se observar o respeito aos deveres próprios das relações consumeristas, quais sejam, os de informação e transparência.

Constatada a irregularidade acima mencionada, cabe ao consumidor o direito de pleitear judicialmente indenização pelos danos sofridos.

2.4 A cláusula de inibição de cessão

A inibição de cessão é uma cláusula comumente presente nos contratos imobiliários. É a que pretende inibir ou que, de fato, inibe a possibilidade de o consumidor ceder ou transferir os direitos e as obrigações do contrato.

Essa cláusula é a responsável pela exigência de que, para uma possível transferência, o consumidor, por exemplo, esteja “em dia com suas obrigações” ou que haja “prévia anuência, por escrito” do fornecedor. Essas imposições podem e devem ser consideradas ilegais, por contrariarem os direitos inerentes à propriedade, mais especificamente no que concerne ao direito de dispor.

Pode-se tomar, como exemplo, a impossibilidade do pagamento do financiamento em virtude da perda do emprego pelo consumidor. Este, sofrendo abalo financeiro e, em decorrência do fato de estar desempregado, atrasa duas parcelas referentes à compra de um apartamento. Ao perceber que sua situação financeira não será normalizada rapidamente, resolve, para evitar maiores prejuízos ou contratempos, ceder os direitos e as obrigações resultantes de referido contrato a outrem, mas, ao tentar efetivar seu intento,



recebe a informação que sua pretensão não é possível.

Nesses casos, o consumidor se vê diante de uma única possibilidade: desfazer o contrato e, conseqüentemente, receber apenas parte do dinheiro que investiu. Significa dizer que, por tal cláusula, as construtoras e imobiliárias acabam embolsando grande parte do que foi despendido pelo consumidor inadimplente, o que não é apenas abusivo, mas também, imoral.

Quanto à outra exigência comum nos contratos, qual seja, a prévia anuência por escrito, embora pudesse se mostrar razoável a notificação, esta não faz sentido, haja vista os princípios da transparência e do direito à informação.

2.5 A presença de cláusulas vagas e imprecisas

A cláusula genérica vaga, dotada de amplitude e imprecisão, deve ser considerada abusiva por colocar o consumidor em notória desvantagem. Como exemplo, há as disposições contratuais que responsabilizam o consumidor com outros encargos, que venham incidir na data da entrega das chaves, na realização de cobrança bancária, entre outros casos.

Como já citado acima, deixar o consumidor na expectativa de que qualquer “caso fortuito” ou de “força maior” possa influenciar diretamente na data de entrega de seu imóvel também se revela um termo impreciso.

Infelizmente, é corriqueira a utilização de termos como esses nos contratos imobiliários, e isso vai de encontro ao dever do fornecedor de informar o consumidor transparente, indubitável, e inequivocamente acerca de valores, descrições, quantidade e qualidade, conforme consta expressamente da legislação consumerista em vigor.

Diante de casos assim, o consumidor deve exigir o detalhamento de seus direitos e obrigações, buscando sempre prevenir futuros constrangimentos.

2.6 A eleição de foro

Nos contratos de adesão, a expressão mais correta a se usar seria “imposição de foro”, uma vez que ele é escolhido unilateralmente pela imobiliária e/ou construtora. Comumente, a cláusula diz que fica eleito o foro da situação do imóvel, em comum e recíproco acordo, para que sejam dirimidas quaisquer dúvidas surgidas em torno do presente, renunciando-se expressamente qualquer outro por mais privilegiado que seja.



Não há o que se discutir em relação à escolha, pois jamais foi acordada bilateralmente. O consumidor, sem que isso se lhe tenha sido imposto, não escolheria um foro capaz de lhe prejudicar nas discussões contratuais.

Não é sempre, mas em muitos casos a imposição do foro pode ser um obstáculo à defesa dos interesses do consumidor, contrariando assim o CDC, que afirma ser direito básico do consumidor a facilitação da defesa de seus direitos.

Corroborando a legislação, Nelson Nery Júnior (2000, p. 337) diz que pode ser considerada abusiva a cláusula de eleição do foro em contrato de adesão caso se traduza em dificuldades de defesa para o consumidor. Não obstante seja lícita a eleição de Foro, em se tratando de competência relativa, por autorização do direito processual, a questão deve ser analisada à luz do direito material porque é objeto de estipulação negocial em contrato de consumo. E o doutrinador continua, afirmando que a cláusula de eleição de foro é perfeitamente válida e eficaz desde que discutida livremente entre as partes, em igualdade de condições.

2.7 A incidência de juros antes da entrega das chaves, o emprego da *tabela price* e o anatocismo

Muitas vezes, é imposto ao consumidor o financiamento do valor do bem mediante pagamento de juros de 1% ao mês, calculados na forma da chamada *tabela price* (sistema francês de amortização), tão logo seja expedido o “habite-se” pelo Município.

Assim, antes mesmo da entrega das chaves, o consumidor está sujeito ao pagamento de juros à construtora. Desta feita, uma vez concedido o “habite-se”, e mesmo sem a posse do imóvel, já estará o consumidor sujeito ao pagamento de juros à base de 1% ao mês, calculados segundo a *tabela price*, o que configura prática abusiva à luz dos artigos 39, incisos V e XI, e 51, inciso IV ambos da Lei nº 8.078/90, pois importa na obtenção de vantagem excessiva pelo fornecedor em prejuízo do consumidor.

Além de exigidos antes da entrega das chaves, na maioria das vezes, os juros são cobrados de modo cumulativo (capitalizado). Com efeito, na chamada *tabela price* tem-se um método usado em amortização de empréstimo em que os juros incidem de maneira composta, a indicar, portanto, a prática de anatocismo.

Por configurar capitalização de juros (anatocismo), a aplicação da



tabela price revela-se ofensiva ao ordenamento jurídico, conforme preceitua o artigo 4º do Decreto nº 22.626 de sete de abril de 1933, que afirma ser proibido contar juros dos juros. Não obstante, a matéria, já foi objeto da Súmula nº 121 do Supremo Tribunal Federal, que veda a capitalização de juros, ainda que expressamente convencionada. Também, tem o STJ assim decidido:

ADMINISTRATIVO. SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. NÃO CONFIGURADOS O CERCEAMENTO DE DEFESA E O JULGAMENTO ULTRA PETITA. CAPITALIZAÇÃO DE JUROS. IMPOSSIBILIDADE.

(...)

2. 'Não se admite a capitalização de juros nos contratos submetidos ao Sistema Financeiro da Habitação' (Resp 635.855/CE, rel. Min. João Otávio de Noronha, 2ª Turma, DJ 7/12/2006).

3. Recurso Especial conhecido em parte e, nessa parte, improvido.¹

(Resp 807.409/CE, rel. Min. Herman Benjamin, DJ 20.09.2007).

REVISÃO DE CONTRATO DE AQUISIÇÃO DE CASA PRÓPRIA PELO SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. JUROS. CAPITALIZAÇÃO. UTILIZAÇÃO DA TR.

1. A Taxa Referencial (TR) é indexador válido para contratos posteriores à Lei n. 8.177/91, desde que pactuada (Súmula n. 295/STJ).

2. Não se admite a capitalização de juros nos contratos submetidos ao Sistema Financeiro da Habitação.

3. Recurso especial improvido.²

Corroborando tal entendimento, a Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça, pela Portaria nº 3, de 19 de março de 1999, elencou como abusiva a cláusula que estabelece a cobrança de juros capitalizados mensalmente.

Destarte, por estabelecerem a cobrança de juros antes da entrega das

¹ STJ. REsp 807.409/CE, Relator: Min. Herman Benjamin, DJ 20.09.2007.

² STJ. REsp 635.855/CE, Relator. Min. João Otávio de Noronha, DJU de 07.12.06.



chaves ou por fazerem incidir juros compostos (capitalizados ou cumulativos) através da *tabela price*, as cláusulas contratuais em comento mostram-se abusivas e nulas de pleno direito, devendo ser, portanto, expurgadas do ordenamento jurídico, na forma do supracitado artigo 51 do CDC.

2.8 A possibilidade de modificação e revisão judicial

Como dito anteriormente, após analisar algumas das cláusulas e práticas abusivas mais corriqueiras nos contratos imobiliários de adesão, vislumbra-se a possibilidade de, judicialmente, buscar o equilíbrio material entre as partes, conforme os ditames dos novos princípios contratuais. Estabelece o artigo 6º do CDC:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

(...)

V - a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas;

(...)

Consoante lições de Cláudia Lima Marques, Antônio Benjamin e Bruno Miragem (2006, p. 182), a situação externa e interna de catividade e interdependência dos contratantes faz com que as revisões, novações ou renegociações contratuais naturalmente continuem ou perpetuem a relação de consumo, não podendo estas, porém, autorizar abusos da posição contratual dominante.

Segundo Rizzatto Nunes (1997, p. 72), a revisão de cláusulas contratuais em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas é garantia expressa no CDC, como direito básico do consumidor.

Destarte, os consumidores podem pleitear a modificação ou revisão de seus contratos que contenham todas ou algumas das cláusulas abusivas supracitadas. Ainda, vale salientar que há a possibilidade de representar junto ao Ministério Público para que este Órgão busque, através de Ação Civil Pública, dar efetividade aos direitos difusos dos hipossuficientes.



3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os maiores abusos, sejam eles de qualquer espécie, são cometidos em relações desiguais. Dificilmente são efetivados os abusos praticados entre pessoas ou agentes que gozem do mesmo poder e condição. Isto porque, em condições de igualdade, as armas e as defesas se assemelham, não sendo possível um embate desproporcional.

O sonho de ter moradia própria é cenário propício à relação desigual, pois, na ânsia de realizar o sonho da casa própria, o mutuário acaba se submetendo à imposição da corretora. Além disso, muitas vezes, o aderente não analisa calmamente todos os detalhes antes de concluir o negócio, o que provavelmente o trará problemas no futuro.

A celebração de um contrato imobiliário é essencial para o consumidor ter condições de comprar sua casa, principalmente se considerarmos a realidade brasileira. Todavia, lamentavelmente, o hipossuficiente sofre com as inúmeras cláusulas e práticas abusivas do fornecedor, que possui grande vantagem em detrimento daquele, seja pelo maior conhecimento jurídico que possui, seja pelo simples fato de ter em mãos o bem objeto do anseio do consumidor.

Infelizmente, tais práticas comerciais não irão cessar, pois as empresas lucram bastante enquanto lesam o consumidor. Logo, cabe a este agir na defesa de seus direitos, seja requerendo a atuação do Ministério Público, seja pleiteando judicialmente de forma individual a modificação ou revisão das cláusulas abusivas, ou, ainda, buscando as devidas indenizações pelos danos morais e materiais sofridos.

REFERÊNCIAS

BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Manual de direito do consumidor à luz da jurisprudência do STJ**. 6. ed. Bahia: Juspodivm, 2011.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. IV.

MARQUES, Cláudia Lima, BENJAMIN, Antônio Herman e MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 2. ed. São Paulo. RT, 2006.



NERY JÚNIOR, Nelson. **Comentários ao Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Forense Universitária, 2000.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **O Código de Defesa do Consumidor e sua interpretação jurisprudencial**. São Paulo: Saraiva, 1997.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

THE MOST COMMON ABUSIVE CLAUSES IN IMOBILIARY CONTRACTS AND THE WAYS THAT THE CONSUMER HAS TO DEFEND HIMSELF

ABSTRACT

The imobiliary contracts are one of the most common adhesion ones. However, these findings do not prevent disrespectful practices to the consumer's rights. Once the big companies, suppliers and traders offer products and services based on social demands, they end up with a social need which will be related to the consumer's ones. The dream about the own house added to population's financial problems and the offer of a funding long-term option is the manner they use to establish contracts with abusive clauses. This article aims to expose these types of clauses and demonstrate the ways the consumer affords to defend himself.

Keywords: Consumer. Imobiliary contracts. Abuses. Defense of rights. Possible actions.



EXECUÇÃO PENAL: UMA REFLEXÃO SOBRE A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS DAS MULHERES PRESAS

Alexandra Silva De Lima

Acadêmica do 3º período do Curso de Direito da UFRN

RESUMO

Este artigo analisa o cumprimento dos direitos das mulheres inseridas no Complexo Penal Dr. João Chaves, único estabelecimento destinado às mulheres em cumprimento de pena privativa de liberdade em regime fechado, localizado na cidade do Natal, capital do Rio Grande do Norte. O trabalho tem como intento a discussão e a reflexão acerca do atendimento aos direitos previstos na Lei de Execução Penal – LEP e a influência desta prática sobre o processo de cumprimento da pena privativa de liberdade. Para o alcance de tal objetivo, foi realizada uma pesquisa de cunho bibliográfico e documental, bem como consistiu numa apreciação das informações disponibilizadas por profissionais da equipe técnica e um levantamento da literatura referente à história, à finalidade e à evolução da prisão, desde a sua gênese até a sua utilização nos dias atuais. O estudo considerou também a estruturação do sistema penitenciário brasileiro e seus desdobramentos no cenário estadual. O trabalho finaliza com as considerações acerca da observância aos direitos das pessoas privadas de liberdade tal como previstos na legislação vigente e a sua aplicação na realidade das mulheres inseridas no cotidiano do cárcere. A estruturação do sistema

prisional brasileiro tem dificultado o cumprimento das previsões legais no que concerne à plena efetivação dos direitos das pessoas privadas de liberdade.

Palavras-chave: Direitos. Prisão. Sistema Penitenciário. Lei de Execução Penal.

1 INTRODUÇÃO

A política de segurança vigente no Brasil, expressa no sistema penitenciário tem sua organização pautada na Lei de Execução Penal – LEP, Lei n. 7.210, de 14 de julho de 1984, a qual prevê ações, que objetivam a chamada ressocialização e a reintegração da pessoa presa ao convívio social, após o cumprimento da pena imputada, de modo que a mesma não retorne a prática delituosa.

No entanto, a legislação por si só não garante a efetivação dos preceitos nela contidos, tampouco dos direitos reservados aos presos, uma vez que o estado de precariedade em que se encontra o sistema penitenciário os nega quase por completo, deixando a desejar as ações realizadas com o intuito de reintegrar a pessoa presa à sociedade de forma que ela não leve consigo o estigma adquirido pelo ingresso no referido sistema.

Nesse contexto, cabe ressaltar a situação a que são submetidas as mulheres que ingressam no sistema prisional brasileiro, o qual não está adequadamente preparado para custodiar esse público com as suas especificidades.

Frente a esse cenário, o estudo buscou demonstrar o nível de observância aos direitos das pessoas presas à luz dos preceitos da Lei de Execução Penal – LEP no cotidiano das mulheres encarceradas no sistema penitenciário do Rio Grande do Norte e no que esta realidade pode refletir ou interferir no processo de execução das penas privativas de liberdade.

O produto final desse processo está assim estruturado: no capítulo introdutório busca-se explicitar a história prisão e o contexto hodierno do sistema prisional brasileiro e do estado do Rio Grande do Norte. No capítulo seguinte, será exposto o cenário vivenciado pelas mulheres, em cumprimento da pena privativa de liberdade em regime fechado e, no que se refere à Lei de Execução Penal, a observância aos preceitos nela contidos no que concerne aos direitos das apenadas, finalizando com as considerações acerca de todas



as observações realizadas no percorrer deste processo.

2 A PRISÃO E O SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO E NORTE-RIOGRANDENSE

Em sua gênese, a prisão era utilizada como forma de segregação, controle e análise dos corpos e comportamentos dos indivíduos excluídos e considerados contraventores da ordem vigente, tais quais mendigos, prostitutas e jovens delinquentes, que viviam nas ruas num período de elevação nos índices de pobreza, violência e marginalidade entre grandes parcelas populacionais.

A partir do século XVIII, a prisão começa a ser utilizada como penalidade para aqueles que cometiam crimes, tomando grande abrangência em todos os continentes e, ao longo do tempo, tornou-se a maneira mais imediata para punir o cometimento de atos contrários às leis vigentes.

Suas características se modificaram, variando entre o isolamento e o encarceramento coletivo, mas a essência permanece até os dias atuais onde a prisão é utilizada com o objetivo de custodiar presos, já condenados ou não, que cometeram crimes de natureza diversa, exercendo sobre eles uma prática coercitiva, muitas vezes intimidatória, buscando inibir novas ações criminosas, bem como a sua regeneração e reinserção no meio social.

Além do isolamento noturno do indivíduo, que previa uma relação de consciência consigo mesmo, a utilização do trabalho era outra característica marcante no processo de punição dos chamados delinquentes. Através da atividade laboral diária a pessoa presa tinha a oportunidade de manter contato com os demais, sendo este contato apenas visual, pois o silêncio e a resignação eram elementos obrigatórios na prisão no sentido de transformar o indivíduo em um ser mais esforçado, ágil, contrariamente, ao seu modo de vida anterior, caracterizado pela preguiça, segundo seus julgadores.

Nesse sentido, havia a ideia de que a duração da pena de privação de liberdade deveria atender ao critério de adequação do indivíduo ao trabalho realizado por ele e seu consequente desenvolvimento pessoal, o que possibilitaria a conquista da liberdade no momento em que fosse constatada a sua regeneração e aquisição da disciplina, necessárias no retorno ao convívio social. Segundo Capez, a pena significava uma:

Sanção penal de caráter afliitivo, imposta pelo Estado, em execução de uma sentença, ao culpado pela prática de uma infração penal, consistente na restrição ou



privação de um bem jurídico, cuja finalidade é aplicar a retribuição punitiva ao delinqüente, promover a sua readaptação social e prevenir novas transgressões pela intimidação dirigida à coletividade. (CAPEZ, 2003, p. 332)

Para tal, a prisão, além da função de encarceramento, deveria funcionar como uma ferramenta de investigação dos condenados. Através do modelo Panóptico, o qual consistia num modelo arquitetural que funcionava como centro de observação de comportamentos, ações e progressos de maneira individual, era possível verificar a trajetória do preso durante o período no cárcere e determinar sua evolução.

No entanto, ao longo do tempo, a utilização da prisão difundiu-se e seus efeitos no tratamento do preso a tornaram ao mesmo tempo temida e necessária, pois não se encontrou até hoje melhor solução para a punição dos indivíduos que cometem ações delituosas.

Com o passar dos séculos, as sociedades foram modificando a estruturação dos seus sistemas prisionais de acordo com os ordenamentos jurídicos e as legislações vigentes, mantendo, no entanto, o formato adotado séculos atrás baseado no encarceramento e na privação de liberdade das pessoas mantidas sob sua custódia como a maneira mais eficaz de punição pela prática delituosa. E, nesse sentido, a utilização da prisão remonta ao que Beccaria (1995) expõe como o direito de punir, ou seja, a privação da liberdade como a maneira mais eficaz de responsabilizar alguém sobre os atos cometidos contrários às normas vigentes e que nem sempre atendem ao seu propósito, tornando-se, por vezes, injustas.

As penas que ultrapassam a necessidade de conservar o depósito da salvação pública são injustas por sua natureza; e tanto mais justas serão quanto mais sagrada e inviolável for a segurança e maior a liberdade que o soberano conservar aos súditos. (BECCARIA, 1995, p. 10)

No Brasil, com a entrada em vigor da Lei de Execução Penal – LEP na década de 1980, a estruturação do sistema penitenciário passou a obedecer a uma divisão entre suas unidades pela finalidade a que se propõem. A LEP diz que a Penitenciária destina-se ao condenado à pena privativa de reclusão, em regime fechado; a Colônia Agrícola, Industrial ou similar, destina-se ao cumprimento da pena em regime semiaberto; a Casa do Albergado destina-se ao cumprimento da pena, em regime aberto, e da pena de limitação de



fim de semana; no Centro de Observação realizar-se-ão os exames gerais e o criminológico, cujos resultados serão encaminhados à Comissão Técnica de Classificação; o Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico destina-se aos inimputáveis e semi-imputáveis referidos no art. 26 e seu parágrafo único do Código Penal; e, por fim, a Cadeia Pública destina-se ao recolhimento de presos provisórios.

Diante do texto da LEP, no que tange à utilização das unidades para a custódia dos presos de acordo com a finalidade da prisão, o que se verifica é uma realidade diferente do exposto na lei. Seja pela ausência em boa parte dos Estados da federação de algumas das unidades, como o Centro de Observação, por exemplo, seja pela utilização inadequada das unidades, onde pessoas já condenadas permanecem ocupando as cadeias públicas por falta de vagas nas penitenciárias.

Frente a estas constatações, o sistema penitenciário brasileiro tem se constituído objeto de estudo de pesquisadores de diferentes áreas do conhecimento por apresentar em sua realidade um nível de complexidade bastante elevado, onde ocorrem situações as mais diversas que abrangem os aspectos sociais, psicológicos e econômicos, entre outros, que requerem uma prática profissional competente e comprometida com a população demandatária dos serviços.

A referência nas legislações brasileiras e internacionais sobre a questão prisional, em especial ao tratamento dispensado à população carcerária, não é nova. Desde 1824, a Carta Magna brasileira já trazia em si artigos relacionados ao sistema prisional em nosso país, estabelecendo normas para que a execução das penas privativas de liberdade e de cessação de direitos obtivesse resultados satisfatórios.

A Constituição Federal de 1969 trazia em seu conteúdo a imposição aos que lidavam diretamente com os presos que lhes deveria ser garantido o direito à vida e à integridade física e moral. Esta Carta também fazia referência ao regime penitenciário, defendido por alguns juristas naquela época, que distinguia os modelos a serem adotados para a execução das penas aplicadas aos condenados, bem como as condições necessárias para o alcance do objetivo maior da prisão, que é a plena reabilitação do apenado para a vida social.

A Constituição atual preservou algumas normas das Cartas anteriores e avançou em muitos aspectos. Podem-se destacar principalmente os artigos referentes aos direitos fundamentais do ser humano, os quais são resultantes de uma luta travada durante décadas pelos organismos defensores



dos direitos humanos, em especial da pessoa presa e das chamadas minorias.

O texto da Carta Magna dá especial atenção à questão da prisão e da execução das penas privativas de liberdade, trazendo normas que devem ser seguidas desde a prisão até a execução da pena, com vistas a evitar excessos no cumprimento da lei.

No Brasil, assim como em diversos países da América Latina, é visível o retrato do descaso, começando pela situação das unidades prisionais que, salvo algumas exceções, encontram-se em estado de calamidade há décadas sem que haja por parte do poder público, ações efetivas no sentido de solucionar os problemas existentes nas unidades penais.

A exemplo das demais políticas sociais públicas, a política de segurança, que rege o sistema penitenciário, atravessa uma séria crise operacional que reflete diretamente nos objetivos determinados pela Lei de Execução Penal – LEP, os quais são basicamente a ressocialização e a reintegração do apenado a sociedade.

O Sistema Penitenciário Brasileiro traz desde a sua gênese a ideia de que a prisão seria a solução imediata e eficaz para solucionar a problemática da violência e da criminalidade no país. Sua adoção, no entanto, foi realizada sem se considerar as causas do problema, tratando apenas dos efeitos causados pelas práticas criminosas dos indivíduos que adentram, por vontade própria ou não, no mundo da marginalidade e da criminalidade.

As penas privativas de liberdade nem sempre representam a melhor solução, mesmo porque não há, sequer, espaço físico para execução dessas sanções. O Legislador foi sensível a esse fato e estabeleceu *penas restritivas de direito* (...). As penas restritivas de direito foram criadas como tentativa de encontrar fórmulas que pudessem substituir as penas de prisão, atento ao fato de que no país, não há condições de alojar todos condenados, além de tentar impor sanção proporcional ao crime cometido. (RESSEL, 2007) ¹

Sintomas como a precariedade das unidades prisionais, a superlotação, a falta de preparo dos atores que lidam diuturnamente com a

¹ Documento online não paginado, Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2305.



população carcerária por todo o país, dentre outros, são apenas algumas das mazelas surgidas em decorrência do parco interesse estatal em organizar o sistema de forma a garantir a execução das penas com resultados satisfatórios para o apenado e para a sociedade.

Nesse cenário, está inserido o Sistema Penitenciário do Estado do Rio Grande do Norte, cuja realidade não difere da maioria dos estabelecimentos prisionais do nosso país. Apesar das limitações, as atividades nas unidades prisionais que o compõem são desenvolvidas no sentido da verdadeira reabilitação da pessoa presa para reintegrá-la à sociedade, de modo que ela volte a um convívio social saudável.

A política de segurança expressa no Rio Grande do Norte através do seu sistema penitenciário está sob a responsabilidade da Secretaria de Estado da Justiça e da Cidadania – SEJUC. Com base nos preceitos da Lei de Execução Penal – LEP, o objetivo maior do Sistema Penitenciário Estadual, está na busca pela ressocialização e reintegração das pessoas sob sua custódia, de acordo com o explicitado em seus artigos 1º, onde diz que a execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado, complementado pelo art. 3º, onde está expresso que ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei, quando se refere ao objeto e a aplicação desta lei. (BRASIL, 2008, p. 145).

No entanto, as dificuldades estruturais impossibilitam, de certa forma, o desenvolvimento de atividades importantes para este fim, uma vez que não se sente por parte do Estado a atenção necessária, bem como a destinação dos recursos em quantidade suficiente para que sejam efetuadas e continuadas as ações planejadas pelos profissionais envolvidos no processo da execução penal.

A solução para esta crise estrutural a que está submetido o sistema prisional em quase toda sua totalidade, e que demanda uma solução urgente, depende basicamente do poder público e dos órgãos responsáveis por sua manutenção, tendo especial destaque neste contexto, o compromisso ético e político com esta população.

De outro lado e como reflexo desta realidade, decorrem inúmeras expressões de revolta por parte dos presos, como fugas, motins e rebeliões, e de familiares, através de protestos, o que dificulta e atravanca a realização do papel do Estado como responsável pela execução das penas e a consequente ressocialização dos apenados.



Esse panorama explicita apenas uma parte do que se verifica ao se adentrar na maioria das unidades penais brasileiras, as quais permanecem há muito tempo escanteadas no que se refere à destinação dos investimentos realizados pelo Estado, sobretudo quando os investimentos têm que ser destinados às prisões femininas.

Assim, estão inseridas as mulheres privadas de liberdade, cujas condições de cumprimento da pena não diferem em nada do público masculino. Pelo contrário, apresentam-se ainda mais complexas devido a vários fatores estruturais, principalmente, que agravam a permanência das apenadas no sistema prisional.

Fatores como o parco número de unidades prisionais femininas, a baixa atenção à saúde da mulher, os poucos locais para a permanência com os filhos até o limite imposto pela lei, a realização do trabalho externo para as detentas dentre outros aspectos específicos que tornam a condição da mulher presa um tema bastante abrangente e suscitar de inúmeras discussões.

Para exemplificar, o número de estabelecimentos penais para o regime fechado no país, até o mês de junho de 2011, era de 439 destinados aos apenados do sexo masculino e de 46 para as mulheres presas, de acordo com os números apresentados pelo Sistema Integrado de Informações Penitenciárias – INFOPEN².

No que concerne a atenção à saúde da mulher custodiada pelo Estado, existiam, até o período citado, nesses estabelecimentos penais, 295 leitos destinados às gestantes e parturientes, 208 leitos em berçários e creches, 50 leitos ambulatoriais, 13 leitos hospitalares e 165 leitos psiquiátricos, o que representa uma quantidade ínfima frente à quantidade de mulheres presas, demandatárias dos serviços de saúde.

O capítulo seguinte versa sobre os demais aspectos da realidade vivenciada cotidianamente pelas mulheres que ingressam no sistema penitenciário nacional.

²Sistema criado há aproximadamente uma década para congregar as informações penitenciárias fornecidas pelas unidades prisionais de todo o país e disponibilizá-las, através de relatórios semestrais, podendo ser consultado por todos os cidadãos.



3 DIREITOS DAS MULHERES PRESAS À LUZ DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL – LEP

Historicamente, o tratamento dispensado às mulheres encarceradas no Brasil sempre foi mais gravoso do que o dispensado à população masculina, sobretudo àquelas que cumprem a pena imposta em regime fechado. Inúmeros aspectos servem de referência para esta afirmação, pois demonstram a inexistência ou a precariedade no atendimento às necessidades específicas das mulheres presas.

Primeiramente, tem-se o fato de que, a cada ano, o número de mulheres presas vem aumentando, sem, no entanto, aumentar proporcionalmente a quantidade de vagas, bem como a adequação das unidades prisionais para recebê-las.

Segundo os dados apresentados pelo último relatório do INFOPEN, em junho de 2011, o número de mulheres custodiadas no regime fechado do sistema prisional norte-riograndense somava 149, no regime semiaberto 85, no regime aberto 17 e 1 internada em cumprimento de medida de segurança. Frente a esses números, existe apenas uma unidade destinada à custódia das apenadas, a Penitenciária Feminina, que compõe o Complexo Penal Dr. João Chaves.

Outro fator que dificulta o cumprimento da pena de maneira adequada é a consequente superlotação das unidades, além destas terem sido, em boa parte, adaptadas de antigas unidades masculinas para abrigar as mulheres, não atendendo, portanto, as necessidades de desenvolvimento de atividades laborais, educativas, bem como de espaços destinados ao recebimento de visitas íntimas e sociais e locais destinados ao período de permanência com os filhos até o limite permitido por lei.

De acordo com o exposto na Lei de Execução Penal, em seu art. 89, no que concerne aos estabelecimentos destinados às mulheres, a penitenciária de mulheres poderá ser dotada de seção para gestante e parturiente e de creche com a finalidade de assistir ao desamparado cuja responsável esteja presa. (BRASIL, 2008, p. 164).

Em segundo lugar, há que se considerar o tipo de tratamento dispensado à população carcerária brasileira, em especial da feminina, cujas especificidades a tornam demandatárias de maior atenção, por tratar-se de pessoas que, em grande parte, não tinham um histórico de envolvimento com a prática de delitos e a sua entrada no sistema penitenciário ocorreu pelo envolvimento nos atos ilícitos de esposos e companheiros. Certamente, este



não é o único motivo pelo qual as mulheres ingressam na vida criminosa, mas constituem um aspecto relevante quando se considera que a execução da pena privativa de liberdade é utilizada para promover a reinserção da pessoa presa ao convívio social.

Tanto homens quanto mulheres são merecedores de oportunidades efetivas de cumprimento da pena de maneira satisfatória, com chances reais de não retornar à prática de delitos ou atos motivadores de ingresso nas estatísticas de reincidência no mundo da criminalidade, tal como expresso nos artigos 10 e 11, da Lei de Execução Penal, que versam sobre a assistência à pessoa presa e dizem, respectivamente, que:

A assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade.

Parágrafo Único. A assistência estende-se ao egresso.

A assistência será: material; à saúde; jurídica; educacional; social e; religiosa. (BRASIL, 2008, p. 146-147)

No entanto, parece não haver, por parte da sociedade, uma preparação para a aceitação dos apenados ou para o acolhimento dos egressos do sistema prisional, que conseguem cumprir suas obrigações com a justiça e precisam da oportunidade de reinserção social de maneira digna. O ingresso no sistema atribui ao apenado(a) uma carga de estigma que o acompanhará nas demais etapas de sua vida, uma vez que a permanência na prisão traz consequências terríveis para si e para sua família, pois o preconceito da sociedade não incide apenas sobre o condenado, mas sobre aqueles que o cercam e o apóiam.

Parte da responsabilidade por tal postura recai sobre o Estado, visto que age, durante o processo de execução da pena, de maneira apática e pouco eficaz no que se refere à garantia de educação, profissionalização e inserção em atividades laborativas que preparem o apenado para o retorno à sociedade, tal como prevê a LEP. Esta apatia pode incorrer na transformação da pessoa presa em indivíduos frios e sem temor frente ao aparelho repressivo do Estado, não temendo em continuar no mundo da criminalidade, já que não contaram com o respaldo mínimo necessário, ou seja, o assegurado pela legislação, no momento em que se tornam egressos do sistema prisional.

Pode-se inferir que o Estado se omite duplamente, pois na imensa maioria dos casos, o cometimento de delitos foi realizado por pessoas



desprovidas do usufruto de direitos básicos como educação, saúde, habitação, alimentação e trabalho dignos, ou seja, não foram tratados como cidadãos de direitos antes nem depois do ingresso no mundo da criminalidade e, conseqüentemente, na prisão. Obviamente, que o cometimento de atos delituosos não se justifica apenas por estes motivos, mas possuem grande relevância no cotidiano de quem vive à margem da sociedade. Neste sentido, Oliveira (1998, p. 12), aponta que:

O próprio Estado é repetidamente criminoso ao impor o encarceramento sem a prudência de garantir direitos inalienáveis do homem, como a proteção da personalidade contra o horror de um ambiente anti-higiênico e sem qualquer pedagogia séria de preservação da qualidade de vida (OLIVEIRA, 1998, p. 12).

A discussão recai, portanto, na debatida questão dos direitos da pessoa humana, no que se refere ao seu pleno desenvolvimento. Entende-se que, mesmo ingressando no mundo da criminalidade e cometendo atos que vão de encontro ao ordenamento jurídico vigente, a pessoa que cumpre a pena que lhe fora imposta, há que ser considerada como ser humano em sua plenitude e, por isso, com o direito de prosseguir seu desenvolvimento enquanto pessoas que demandam oportunidades para perseverar por um futuro melhor. De acordo com Dallari (2004, p. 14-15):

Os direitos humanos fundamentais são os mesmos para todos os seres humanos. E esses direitos continuam existindo mesmo para aqueles que cometem crimes ou praticam atos que prejudicam as pessoas ou a sociedade. Nesses casos, aquele que praticou o ato contrário ao bem da humanidade deve sofrer a punição prevista numa lei já existente, mas sem esquecer que o criminoso ou quem praticou um ato antissocial continua a ser pessoa humana (DALLARI, 2004, p. 14-15).

Os números apresentados pelo Estado no relatório do Sistema Integrado de Informações Penitenciárias – INFOPEN, em junho de 2011, confirmam um cenário de desrespeito em que as pessoas, sobretudo do sexo feminino, são aprisionadas para o cumprimento de pena privativa de



liberdade, o que demonstra uma clara agressão aos direitos fundamentais da pessoa humana.

Segundo dados do INFOPEN apresentados em junho de 2011, a população carcerária cumprindo pena apenas no regime fechado em todo o país era de 188.652 homens e 11.993 mulheres. Ao se comparar a proporção de homens para mulheres, a diferença parece infinitamente maior do público masculino. No entanto, quando se compara a quantidade de estabelecimentos prisionais denominados de penitenciárias, cuja finalidade é abrigar os condenados ao regime fechado, vê-se que não há uma distinção tão grande entre os dois sexos.

Até a última atualização dos dados do INFOPEN, em meados de 2011, o número de penitenciárias em nível nacional era de 439 masculinas e de 46 para o público feminino e deste número, 06 (seis) unidades masculinas e somente 01 (uma) feminina, no Estado do Rio Grande do Norte. Do outro lado, existem, 1.754 homens e 149 mulheres cumprindo pena somente no regime fechado. Torna-se clara a deficiência no número de vagas oferecidas pelo sistema para custodiar os apenados que devem cumprir pena neste tipo de regime.

Convém ressaltar nesta conjuntura que a estruturação do sistema prisional no estado do Rio Grande do Norte, também não atende de forma satisfatória ao público feminino uma vez que não possui unidades em número suficiente para cada tipo de regime a ser cumprido pelas apenadas, só para exemplificar, o que por si só já representa um sério desrespeito aos direitos da pessoa presa.

A única unidade existente na categoria de penitenciária é o Pavilhão Feminino, integrante do Complexo Penal Dr. João Chaves em Natal/RN cuja construção foi finalizada no ano de 1990, em decorrência da necessidade de um espaço destinado às pessoas do sexo feminino, que deveriam cumprir pena no regime fechado. Atualmente, encontram-se recolhidas 123 presas reclusas em cumprimento de pena em regime fechado³.

No que concerne à estrutura física, a unidade prisional feminina dispõe de 14 celas no pátio interno com 03 celas para triagem ou recolhimento de apenadas por motivo de cometimento de faltas disciplinares ou qualquer ato que contrarie as normas pertencentes à disciplina da unidade, as quais são

³ Números referentes ao mês de outubro de 2011, informados pela equipe técnica do Complexo Penal Dr. João Chaves.



previstas na Lei de Execução Penal em seus artigos 53 e 54.

Além das celas, o presídio mantém na sua estrutura física, na área administrativa salas destinadas: à Direção, a um Auditório utilizado para algumas atividades do Projeto Transforme-se realizado em parceria com uma faculdade privada, o qual será melhor detalhado mais adiante, ao Setor Médico, utilizado somente pela equipe de Auxiliares de Enfermagem para procedimentos simples e, semanalmente, por uma médica pediatra, à Farmácia, ao Serviço Social, responsável pelo acompanhamento de todos os apenados do Complexo, bem como de suas famílias, ao Alojamento das Agentes Penitenciárias, à Sala de Revista e à Sala do Advogado.

No que se refere aos recursos humanos ofertados pelo Estado para se fazer cumprir o processo de execução penal no presídio feminino, a unidade conta com a presença de: 01 Diretor, 01 Assistente Social, 01 Agente Administrativo, 19 Agentes Penitenciários, trabalhando em regime de escala de 24 horas de trabalho e 48 horas de descanso e 03 Auxiliares de Enfermagem. Esses números representam uma quantidade irrisória, frente ao que seria ideal neste processo, principalmente no que se refere ao número de agentes responsáveis diretamente pela custódia das apenadas, pois com a escala de trabalho realizada, permanece uma média de 06 agentes por cada 24 horas, frente às 123 apenadas atualmente reclusas.

A lei prevê que mais de uma pessoa poderá dividir a cela, desde que o local atenda as necessidades humanas de aeração e salubridade, o que dificilmente ocorre em nosso sistema prisional, em que a superlotação e o constante desrespeito aos seres humanos sob a custódia do Estado ocorrem constantemente. Nesta penitenciária, a realidade não é diferente.

Apesar de contar com um Setor médico, este é utilizado apenas pela pediatra e pela equipe de Auxiliares de Enfermagem, pois o atendimento médico das apenadas é externo, sendo realizado nas demais unidades de saúde do município e na rede estadual. Nesse aspecto, não existem muitas dificuldades em conseguir o agendamento de consultas e exames na rede pública de saúde. No entanto, o comparecimento das apenadas é dificultado pela falta de transporte para levá-las até o local de realização dos procedimentos médicos, o que representa mais um elemento dificultador no trabalho dos profissionais que atuam no processo de acompanhamento da execução penal.

Frente às condições explicitadas acima, faz-se necessária uma extensa discussão acerca da execução penal no Rio Grande do Norte, sobretudo no que se refere ao público feminino, pois essa forma de condução torna



difícil o cumprimento dos preceitos expressos na legislação vigente, no que concerne aos direitos da pessoa presa, os quais estão expressos na Lei de Execução Penal, no seu artigo 41.

Como fator positivo observado na realidade da unidade prisional feminina, objeto deste estudo, encontram-se também práticas que atendem ao texto da Lei de Execução Penal – LEP – e que certamente contribuem para a aparente situação de calma presente no presídio, local onde não são registrados eventos de conflitos que alcancem o patamar de uma rebelião ou motim, o que é muito benéfico para as custodiadas e, principalmente, para os profissionais que lá atuam. Para exemplificar os aspectos positivos, serão elencadas abaixo as ações realizadas no presídio feminino do Complexo Penal Dr. João Chaves e que colaboram para que o cumprimento da LEP seja respeitado, no que se refere aos direitos das pessoas mantidas sob a custódia do estado para o cumprimento da pena privativa de liberdade:

- O banho de sol é assegurado diariamente das 7h às 10h;
- Outro direito assegurado é o de visita, sendo a íntima nas terças-feiras das 9h às 12h e a visita social aos sábados das 9h às 16h;
- O atendimento médico é realizado de acordo com a disponibilidade de viatura e escolta, visto que costumeiramente tem-se condições de marcar a consulta e não há como encaminhá-las;
- Semanalmente, uma médica pediatra realiza atendimento aos bebês que se encontram com as mães no berçário.

O trabalho, de acordo com o previsto no artigo 41, inciso II, que diz ser direito do preso a atribuição de trabalho e sua remuneração, é realizado com as presas do regime semiaberto. Quando estão nesta rotina, recebem metade do salário pago mensalmente e a outra metade fica depositada para ser retirada ao término da pena, constituindo assim o pecúlio, tal como expresso no inciso IV, do artigo 41, da Lei de Execução Penal – LEP.

No regime fechado, o trabalho fica restrito aos serviços gerais na unidade e também há um grupo de presas que realiza nas celas a confecção de peças artesanais para serem produzidas as bolsas do projeto Transforme-se, realizado pelo Instituto FAL. O projeto vem sendo executado desde 2005 e conta com parcerias importantes de organismos públicos e privados, como o Governo do Estado, através da Secretaria de Estado da Justiça e da Cidadania – SEJUC – e da Lei Câmara Cascudo, a COSERN, o Banco do Brasil e vem realizando, além da produção das chamadas ecobags, as bolsas de tecido ecologicamente corretas, a exposição constante em feiras, congressos, fóruns e no estande localizado no Complexo Cultural da Zona Norte.



A iniciativa tem se mostrado bastante positiva para as mulheres presas, por ser a representação material da oportunidade de aquisição de conhecimentos e de uma atividade que poderá ser utilizada quando alcançarem a liberdade. A prática laboral promovida pelo projeto traz como benefícios para as apenadas que dele participam a remissão da pena, onde há diminuição de 1 (um) dia da pena, a cada 3 (três) dias trabalhados; a elevação da autoestima, pois as beneficiadas têm a oportunidade de participar ativamente dos momentos de divulgação do projeto, como nos desfiles e exposições organizadas pelos segmentos interessados nesse mercado e melhoria na qualidade de vida, pois a atividade combate a ociosidade que impera na maioria das unidades prisionais femininas e masculinas.

O projeto também realiza atividades que buscam despertar o senso das mulheres presas para a mentalidade do empreendedorismo, para a consciência da necessidade de maior capacitação profissional com vistas à geração de renda. Como resultado de todo o trabalho, busca-se a reintegração social, em consonância com os princípios da Lei de Execução Penal – LEP – e com os objetivos do sistema penitenciário como um todo.

Atendendo ao exposto no art. 10 da LEP, o qual trata do dever do Estado em prestar assistência ao apenado e ao internado, em seu inciso VI, onde se reporta à assistência religiosa, na penitenciária feminina do Complexo Penal Dr. João Chaves, esta acontece todas as sextas-feiras à tarde, sendo realizadas pelos representantes de religiões cristãs.

Quando se procede à análise dos direitos garantidos à pessoa presa, é claramente perceptível, na atual conjuntura institucional, a dificuldade de cumprimento do que está expresso no texto da Lei de Execução Penal – LEP, devido principalmente às condições estruturais a que estão submetidas todas as unidades prisionais norte-rio-grandenses.

Desde a estrutura física, em especial do presídio feminino, localizado na zona norte da cidade do Natal, a dinâmica de funcionamento da unidade dificulta o processo de execução penal, pois a quantidade de mulheres presas, muito além da capacidade das celas, além do parco número de agente penitenciários para garantir a custódia destas, quase que impossibilita a realização dos direitos essenciais da pessoa presa, como expresso no inciso V, do art. 41, onde está referida a proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação. Neste sentido, a própria estrutura física da unidade não permite que sejam realizadas atividades de recreação, como atividades de lazer, culturais, entre outras necessárias à manutenção da integração das apenadas com o convívio social. Em outras palavras, por



melhor que os profissionais intentem executar a sua função, as ações parecem hipossuficientes diante da desestruturação maior em que está mergulhado o sistema prisional como um todo.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao término do processo de investigação e análise da realidade das mulheres inseridas no sistema prisional, em especial da Penitenciária Feminina do Complexo Penal Dr. João Chaves, localizado na cidade do Natal, capital do estado do Rio Grande do Norte, é possível constatar a situação calamitosa em que se encontram as apenadas e o referido sistema de uma maneira geral.

É notório a cada ano o processo de precarização do sistema prisional em suas instalações físicas e na debilidade na estrutura de funcionamento, uma vez que parece não existir uma real preocupação com os recursos humanos que compõem o sistema, muito menos com a maneira de tratar a população sob sua custódia. Sabe-se, portanto, que não será necessário reestruturar apenas o componente físico das unidades, mas sim realizar modificações profundas no tratamento da questão prisional, com um apelo ao bom senso e ao real comprometimento de todos os partícipes do processo de execução penal e de reintegração da pessoa presa ao convívio social.

Considerando os preceitos contidos na Constituição Federal de 1988, no que concerne aos direitos fundamentais da pessoa humana, é inconcebível a ideia de que a pessoa presa tenha que cumprir a pena que lhe fora imposta da pior forma possível, dentro das piores condições de moradia, alimentação. Enfim, há que se pensar que se um indivíduo cometeu um delito, ele tem que ser punido na forma da lei, ou seja, com a privação da liberdade, um dos bens mais preciosos da vida de qualquer ser humano e definida como um direito fundamental da pessoa humana pela Constituição brasileira.

Esta forma de punição, largamente utilizada no ordenamento jurídico brasileiro, mas que, felizmente, está sendo revista em sua aplicabilidade e efetividade, deve ser empregada, desde que sem excessos na sua aplicação e de maneira que o condenado possa ser tratado no sentido de não mais voltar a praticar atos criminosos.

Há que se perpetrar ações que realmente possam dar condições ao condenado e a condenada de gozar da plena cidadania e dos direitos que lhes são inerentes e garantidos pela Constituição Federal e por outras legislações criadas para a proteção da dignidade daqueles que cometeram atos que foram



de encontro ao ordenamento jurídico vigente e estão respondendo por tais atos perante a lei.

Não se trata de apologia ao crime, nem àqueles que cometeram atos delituosos, que contrariaram as normas socialmente postas, mas de um apelo para que, paralelamente ao cumprimento da pena, o preso possa ter uma perspectiva de melhoria nas suas condições de vida e não vislumbrar apenas um futuro sombrio, com o retorno ao cometimento de outros crimes uma vez que foi posto atrás das grades sem nenhum tipo de tratamento digno que o leve a pensar na sua plena recuperação.

REFERÊNCIAS

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Legislação da Mulher**. 2. ed. Brasília: Edições Câmara, 2009.

_____. **Código Penal**. Decreto-Lei nº 2.848, de 07.12.40, Brasília, 2008.

_____. **Constituição Federal, promulgada em 5 de outubro de 1988**: acompanhada de disposições anteriores, emendas constitucionais de revisão, índice sistemático e alfabético-remissivo. Organização e notas por Juarez de Oliveira. São Paulo: Editora Oliveira Mendes, 1998.

_____. **Lei de Execução Penal**. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Brasília, 2008.

_____. **SISTEMA INTEGRADO DE INFORMAÇÕES PENITENCIÁRIAS - INFOPEN**. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJD574E9CEITEMID598A21D892E444B5943A0AEE5DB94226PTBRIE.htm> Acesso em 02 abr 2012.



CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**: parte geral. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direitos Humanos e Cidadania**. 2. ed. São Paulo: Moderna, 2004. (Coleção Polêmica)

FARIA, José Eduardo. **Direitos humanos, Direitos Sociais e Justiça**. 1 ed. Malheiros editores, 1998.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**: nascimento da prisão. (Trad.) Raquel Ramalhe. 26. ed. Petrópolis: Vozes. 1987.

LIMA, Alexandra S. **Direitos e Deveres dos Apenados**: um paralelo entre a legislação vigente e a realidade do Complexo Penal Dr. João Chaves. Natal: UFRN, 2003. (monografia).

OLIVEIRA, Edmundo. **O futuro das prisões no mundo**. In: Revista Consulex, Ano II, n.20, agosto, 1998.

PROJETO Transforme-se Instituto FAL. Faculdade de Natal. Natal/RN. Disponível em: http://www.institutofal.com.br/transforme_se/navegacao/apresentacao.php Acesso em: 20 out 2011.

RESSEL, Sandra. **Execução penal**: Uma visão humanista. Discussão sobre as penas aplicadas e sua execução. Propostas para uma execução penal humanista. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, 45, 30/09/2007 [Internet]. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2305. Acesso em 18/10/2011.

RIO GRANDE DO NORTE. Secretaria de Estado da Justiça e da Cidadania.



Disponível em: <<http://www.sejuc.rn.gov.br/contentproducao/aplicacao/sejuc/instituicao/gerados/unidadesprisionais.asp>> Acesso em: 30 set. 2011

SILVA, Suamy S. **Direitos Humanos é só para proteger bandido?** Brasília: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM, 2004

EJECUCIÓN PENAL: UNA REFLEXIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LAS MUJERES PRESAS DE VIGENCIA.

RESUMEN

En este artículo se analiza el cumplimiento de los derechos de las mujeres incluidas en el Complejo Penal Dr. Juan Chaves, el único centro para mujeres en el servicio a una pena de prisión en régimen cerrado, ubicado en la ciudad de Natal, capital de Rio Grande do Norte. El trabajo tiene como finalidad la discusión y la reflexión sobre el cuidado de los derechos previstos en la Ley Penal de Sentencia - LEP y la influencia de esta práctica en el proceso de ejecución de la privación de la libertad. Para alcanzar este objetivo, se realizó una encuesta de la bibliográfica y documental, y consistió en una evaluación de la información proporcionada por el personal profesional técnico y un estudio de la literatura relativa a la historia, el propósito y la evolución de la prisión, ya que su génesis de su uso en la actualidad. El estudio también examinó la estructura del sistema penitenciario brasileño y sus consecuencias en el estado de ajuste. El documento concluye con consideraciones sobre la observación de los derechos de las personas privadas de libertad según lo establecido en la legislación y su aplicación a la realidad de las mujeres incluidas en la rutina de la cárcel. La estructuración del sistema penitenciario de Brasil ha obstaculizado la aplicación de las disposiciones



jurídicas relativas a la plena realización de los derechos de las personas privadas de libertad.

Palabras llaves: Derechos. Prisión. Sistema Penitenciario. Ley de condenas penales.



FLEXIBILIZAÇÃO DAS LEIS TRABALHISTAS

Luiz de Almeida

Acadêmico do 8º período do

Curso de Direito da UFRN

Membro do Grupo de Pesquisa

“A metodologia da linguagem e o Direito”

Monitor da disciplina Direito Tributário

Yara Maria Aparecida Gurgel

Professora Doutora do Curso de Direito da UFRN

RESUMO

Hodiernamente é perceptível a irreversibilidade do processo de globalização e a planificação da economia mundial, principalmente após as graves crises econômico-financeiras verificadas neste início de século. Embora tendo sua origem nos países capitalistas centrais, a crise apresentou manifestações gravíssimas em escala global, atingindo principalmente os países de menor avanço tecnológico, reduzido parque produtivo e baixos níveis de reservas financeiras em moedas estáveis. Diante do cenário globalizado e desfavorável em que se encontra a esfera laboral, o presente excerto tem o objetivo de desvelar, sem a pretensão de esgotar, os efeitos da flexibilização das leis trabalhistas e seus reflexos na extinção, manutenção ou criação de novos postos de trabalho.

Palavras-chave: Flexibilização. Precarização. Desregulamentação.

1 INTRODUÇÃO

Diante da celeuma instalada a respeito da flexibilização do direito do trabalho, principalmente no tocante à precarização que se revela extremamente danosa ao trabalhador, pretende o presente trabalho lançar algumas luzes sobre o tema sem pretender, absolutamente, esgotar o assunto, mas sim ser um ponto de partida para os pesquisadores do direito laboral.

Através da abordagem histórica, remetemos o leitor a algumas formas de relações trabalhistas ao longo da evolução dos meios de produção relacionados aos sistemas sócio-políticos vigentes em cada época. Assim, teremos uma sumária visão a partir do escravismo, passando pela servidão no feudalismo; pelo surgimento das relações burguesas enquanto origem do pensamento liberal a ensejar a Revolução Francesa em 1789 e, sob a denominação de neoliberalismo fundamentar o Consenso de Washington, duzentos anos depois.

Será abordada, ainda que brevemente, a história da legislação trabalhista brasileira que se revela fértil. Com as Juntas de Conciliação e Julgamento (1932) até a Consolidação das Leis do Trabalho (1942), sob o comando de Getúlio Vargas, a legislação trabalhista pátria atingiu seu ápice evolutivo ao sair de uma legislação desordenada, esparsa e caótica.

Com o advento da Constituição Cidadã em 1988 perceber-se-á movimentos políticos tendentes à desarticulação das normas do direito trabalho, sob o discurso de elevação da geração de novos empregos, o que se revela, de certa forma, um discurso controvertido.

Por fim, analisar-se-á, mesmo com brevidade, a não comprovação da relação direta entre flexibilização e geração de novos postos de trabalho, constituindo-se referido discurso em pura falácia. Será demonstrado, ainda, que o desemprego tem sim, relação direta com as políticas públicas adotadas, principalmente quando alquebradas pelos interesses do capital global em detrimento da classe trabalhadora e de todo e qualquer cidadão.

O presente excerto tem o objetivo de desvelar, sem a pretensão de esgotar, os efeitos da flexibilização das leis trabalhistas e seus reflexos na extinção, manutenção ou criação de novos postos de trabalho.

2 ABORDAGEM HISTÓRICA DAS RELAÇÕES DE TRABALHO

Natural uma breve retrospectiva histórica sobre a evolução do



trabalho para só então, adentrarmos ao tema ora proposto e analisar alguns aspectos no tocante à flexibilização enquanto ponto de partida para a “desregulamentação de direitos sociais e trabalhistas.” (DALLEGRAVE NETO, 2003, p. 9) Dos primórdios da civilização, a partir do instante em que o homem começou a transformar a natureza até aos dias atuais, observa-se o conflito entre as forças de trabalho e os donos dos meios de produção (VIANA, 2004).

A partir dos embates tribais e posteriormente das grandes guerras entre as polis, surgiu a figura do escravo, muito mais útil vivo e produzindo do que morto nos campos de batalha. Desta forma, liberados dos trabalhos árduos, os senhores criaram o conceito existencial de que para ser culto era necessário ser rico e dispor de muito tempo ocioso para pensar, aí incluídas novas formas de aumentar seu domínio (MORAES FILHO, 1960). Livres eram os artesãos urbanos, trabalhando na Roma antiga em corporações de ofício, denominadas *collegia*. Entretanto, com a expansão demográfica e intensificação das relações de consumo, se fez necessário agregar mão-de-obra livre aos esforços dos escravos. Em condições análogas às dos escravos, os homens livres pobres passaram a vender sua força de trabalho, dando origem à regulamentação denominada *locatio conductio* que se apresentava em três formatos, a saber, a *locatio rei*, a *locatio operarum* e a *locatio operis faciendi* (CATHARINO, 1982).

Na lenta transição para a Idade Média, consolidou-se a servidão. Neste sistema o camponês vivia em condições precaríssimas, às margens territoriais do senhor feudal. Dedicava-se em primeiro plano nas atividades inerentes à propriedade do seu senhor. Em troca e no tempo livre cultivava seu sustento em faixa de terra por aquele cedida. Recebia, ainda, proteção do senhor das terras. O tratamento dado ao camponês era semelhante ao dado aos escravos na antiguidade, distinguindo-se tão somente no quesito liberdade. Enquanto o escravo era propriedade, uma res, um bem comerciável, o camponês era um homem livre, muito embora essa liberdade fosse fortemente restringida pelo pesado domínio do seu senhor (HUBERMAN, 1986, p. 6).

Com a multiplicação e evolução dos burgos na Idade Média, impulsionados pelo livre comércio, pela crescente acumulação de capital e pela geração de novas relações de trabalho, mesmo que de forma incipiente, o mundo ocidental preparava-se para uma nova era, a era da Revolução Industrial, rumo à contemporaneidade (BOBBIO et al, 1998).

Atualmente, não há que se falar em Direito dissociado das suas relações políticas, sociais e econômicas. Neste viés, o direito do trabalho, complexo e multifacetado, precisa ser analisado sob uma ótica multidisciplinar. Com sua gênese no Estado Social, natural o antagonismo existente entre o



Direito do Trabalho e a concepção do Estado Liberal, porquanto “o capitalismo é um modo de produção no qual o trabalho é social mas a apropriação é privada [...]” (CHAGAS, 2011, p. 59)

Assim, sob o manto do liberalismo, que traz na sua essência o conceito de estado mínimo, não intervencionista nas relações privadas, a sociedade adentra na pós-modernidade revestida de características neoliberais. O marco desta nova perspectiva teve sua origem no Consenso de Washington (1989)¹, sob a batuta de John Williamson, ex-funcionário do Banco Mundial e do Fundo Monetário Internacional (FMI), em conferência do Institute for International Economics (IIE), em Washington. Assim, a regência da economia deveria ser determinada pelas leis de mercado, postura esta adotada pelo Congresso norte-americano como condição imposta aos países da América Latina como necessária às negociações envolvendo suas dívidas externas, aí incluídas à desregulamentação do mercado de trabalho para reduzir os custos das empresas. Passou, então, a ser a filosofia imposta ao mundo pelo FMI e pelo Banco Mundial em suas relações negociais. Com esta nova visão macroeconômica voltada à globalização, valorização do capital especulativo, remodelação do consumo de mão-de-obra em escala global e a formação dos grandes blocos econômicos, apenas e tão somente as megacorporações transnacionais passaram a apresentar estrutura necessária à sua perenização. Esta sobrevivência se dá através da influência política que exercem nos governos locais, bem como pelas “diretivas de unificação do mercado mundial e da política socioeconômica em prejuízo da soberania das nações do globo.” (DALLEGRAVE NETO, 2003, p. 12-13)

Sob a perspectiva volátil das relações políticas, sociais e econômicas estão inseridas as diversificadas relações de trabalho, e é neste contexto paradoxal que o direito age a colmatar as abissais diferenças existentes entre o poder do capital, enquanto detentor dos meios de produção, e a massa de

¹ Consenso de Washington faz parte do conjunto de reformas neoliberais que apesar de práticas distintas nos diferentes países, está centrado doutrinariamente na desregulamentação dos mercados, abertura comercial e financeira e redução do tamanho e papel do Estado. John Williamson criou a expressão “Consenso de Washington”, em 1990, originalmente para significar “[...] o mínimo denominador comum de recomendações de políticas econômicas que estavam sendo cogitadas pelas instituições financeiras baseadas em Washington D.C. e que deveriam ser aplicadas nos países da América Latina, tais como eram suas economias em 1989”. Washington Consensus, Center for International Development at Harvard University. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Consenso_de_Washington>. Acesso em 13 abr 2012.



mão-de-obra hipossuficiente, disponível e utilizada em escala global. Por esta razão, a análise das relações de trabalho transcende o âmbito normativo e deságua na própria formação do Estado e no processo de globalização.

Com a velocidade dos avanços tecnológicos, principalmente no campo da robótica, os meios de produção passam cada vez mais a prescindir de mão-de-obra, gerando um efeito colateral devastador como o crescente índice de desemprego, subemprego, jornadas flexíveis, home office, trabalho temporário entre outras formas anômalas. Estas transformações estão a sinalizar as novas tendências para adaptar as atuais relações de trabalho ao atingimento das metas globais de produção. Nesta esteira, as empresas transnacionais vagam pelo planeta e instalam-se onde o ambiente sócio-político e econômico lhes sejam mais favoráveis, e como nômades, abandonam suas unidades deficitárias e inviáveis.

Inserido no plano geopolítico globalizado, o Brasil não ficou imune às influências neoliberais. Sob a orientação dos Presidentes Fernando Collor de Melo e Fernando Henrique Cardoso, o País mergulhou num processo de desestatização e abertura de mercado sem precedentes, o que pôs em risco centenas de milhares de postos de trabalho nacionais. Referido processo desencadeou os achaques à legislação trabalhista brasileira. Assim, adotou-se o discurso da flexibilização como uma verdadeira cortina de fumaça a encobrir as verdadeiras intenções que objetivavam a desregulamentação do Direito Trabalhista brasileiro, cujas nuances serão analisadas a seguir.

3 IMPACTO DA CLT NAS RELAÇÕES DE TRABALHO NO BRASIL

No início do século XX, o Brasil passava por uma grande transformação sócio-econômico-político e cultural com a chegada de levas de imigrantes do velho continente trazendo consigo o desejo de liberdade. Entretanto, as más condições de trabalho e a falta de liberdade encontrada sufocaram os sonhos dos que pensaram aqui fazer a *América*.

Com a indústria ainda incipiente, utilizava-se de mão-de-obra feminina e infantil de forma desumana. Aos estrangeiros com pensamentos revolucionários punia-se com a deportação e aos nacionais impingiam-se castigos corporais e degradação para o interior do país (PINHEIRO, 1991). A presença do Estado limitava-se a disponibilizar forças policiais destinadas à manutenção da *ordem pública* e contenção dos ventos libertários socialistas. Diante da ausência de regras claras a orientar a classe trabalhadora, suas



organizações sindicais adotaram nova estratégia. Com a frustração das greves rechaçadas a cassetetes, prisões e deportações, os sindicatos incluíram em suas reivindicações a instituição de tribunais arbitrais com vistas a dirimir questões ligadas ao descumprimento de contratos ou acordos pelo patronato. Desta forma, “[...] a relação de trabalho era geralmente circunscrita à esfera do arbítrio privado do empregador [...]” (PALMEIRA SOBRINHO, 1991, p.132), caracterizando a flexibilidade atribuída à ausência de regramento estatal.

O Direito do Trabalho no Brasil teve sua gênese em uma época que imperava a autonomia da vontade, sem qualquer compromisso com regulamentos protecionistas. Em decorrência da ineficácia das negociações diretas, livres de interferência estatal, cuja flexibilidade atribuía poder imoderado à classe patronal, inevitáveis os conflitos verificados entre as forças atuantes no palco trabalhista. Para arrefecer os embates entre operários e patrões, timidamente o Estado criou em 1932 as Juntas de Conciliação e Julgamento (JCJ) que, não integrando o judiciário, era de composição tripartite, formada por um representante da classe trabalhadora, outro da classe patronal e dirigida por um Juiz Presidente livremente nomeado pelo Governo.

A função precípua das JCJ era a aplicação do Dec. 21.761/32, embrião da CLT, que regulamentou a Convenção Coletiva de Trabalho. O instituto Convenção Coletiva foi reconhecido pela primeira vez pela Constituição de 1934 e inserido com a denominação Contrato Coletivo na Constituição de 1937. Em janeiro de 1942, o Presidente Getúlio Vargas nomeou uma comissão para ordenar a legislação trabalhista dispersa e desconexa. Além de ordenar os já existentes, a comissão constituiu novos direitos e regramentos até então inexistentes (NASCIMENTO, 2006). Deste trabalho surgiu a CLT – Consolidação das Leis do Trabalho, descendo às minúcias das relações trabalhistas, tratando entre outros pontos, sobre o horário de trabalho, férias, segurança e higiene, descanso remunerado, admissão e demissão do trabalhador (COUTINHO, 2009).

Com a instituição da CLT, o Estado adotou a postura protecionista da parte considerada hipossuficiente da relação de trabalho. Fruto de um poder político populista, com forte nuance ditatorial, a institucionalização da legislação trabalhista, blindada, ocorreu sob “uma matriz corporativa e intensamente autoritária.”(DELGADO, 2011) Neste contexto, consolidou-se o Direito do Trabalho, que traz no bojo de sua definição científica, *lato sensu*, englobadamente normas do Direito Coletivo e do Direito Individual, como sabiamente pontuou o mestre DELGADO (2011, p. 51) ao afirmar que é um:

Complexo de princípios, regras e institutos jurídicos que



regulam a relação empregatícia de trabalho e outras relações normativamente especificadas, englobando, também os institutos, regras e princípios jurídicos concernentes às relações coletivas entre trabalhadores e tomadores de serviços, em especial através de suas associações coletivas.

Desta forma, imposto por um Estado intervencionista, o conjunto normativo justtrabalhista restou configurado como de caráter “centralizado e compacto.” (DELGADO, 2011) É reconhecida sua resistência com o decorrer do tempo, não sofrendo retrocessos e mantendo-se quase inalterado por décadas, sobrevivendo e, paulatinamente, sendo incorporado como parte integrante das relações de trabalho.

4 FLEXIBILIZAÇÃO DAS LEIS TRABALHISTAS APÓS A CRFB DE 1988

Tendo em vista os diversos formatos que permeiam as relações de trabalho, imersas em verdadeiras teias de negócios com o fito de suprimir critérios caracterizadores, a exemplo da subordinação jurídica, converge a doutrina para a adequação e uso de novos parâmetros definidores da relação empregatícia. Constata-se a precarização com o incremento da terceirização representada por empresas subcontratadas, juridicamente independentes, quando não de fachada, entretanto dependentes economicamente da tomadora de serviços. Inversamente, verifica-se o profissional juridicamente dependente e atuação camuflada de autonomia dadas as características das novas formas de trabalho. Acrescente-se, ainda, um formato extensamente utilizado pelas multinacionais e algumas empresas nacionais, definido como *distribuidor independente*, onde se faz necessário investimentos na aquisição inicial do produto a ser distribuído, correndo por conta do trabalhador os riscos do *negócio*, descaracterizando assim a relação de emprego. Constata-se, ainda, as subcontratações; contrato de trabalho por prazo determinado; contrato por tempo parcial e diversas outras formas inominadas de alocação de mão-de-obra, anti-sociais e até mesmo ilegais.

Para suprimir as novas *artimanhas* com o fito de driblar a legislação trabalhista, há a proposta de substituição da dependência jurídica pela dependência econômica no rol de requisitos configurados da relação de emprego (CAVALCANTI, 2008, p. 123-124). Na verdade, dever-se-ia acrescentar



o referido requisito e não simplesmente efetuar a substituição, até mesmo porque são complementares, ampliando, desta forma, a proteção à parte hipossuficiente da relação laboral.

A forte tendência à desarticulação do ordenamento just trabalhista ganhou novo impulso com a promulgação da Constituição Cidadã. No bojo da redemocratização, veio o discurso patronal da desregulamentação da legislação trabalhista, com forte viés neoliberal na tentativa de aproximar-se do “modelo anglo-saxão de normatização autônoma e privatística.” (DELGADO, 2011, p. 114). Observa-se que, embora o protecionismo normativo já existente proteja tão somente patamares mínimos a garantir a sobrevivência do trabalhador, pretende-se com o discurso da flexibilização, *contemporaneizar* as relações de trabalho com o único objetivo de minimizar o impacto da folha de pagamento no lucro das empresas.

Entretanto, para DELGADO (2011, p. 114), o sistema adequado às características sócio-econômicas e culturais brasileiras seria semelhante à normatização privatística, porém subordinada ao Estado. Segundo o autor, este sistema não impede e tampouco substitui a criatividade e o dinamismo verificados no sistema privatístico. Afirma, ainda, que a intervenção estatal, embora impositiva, permanece aberta à participação ativa da sociedade civil na construção de um novo Direito do Trabalho.

Ressalte-se que, diante da impossibilidade de aplicação nas relações trabalhistas dos conceitos contratuais do direito civil em que as partes são consideradas iguais, prevalecendo a autonomia da vontade e o *pacta sunt servanda*, a Constituição Federal tratou de manter o preceito basilar da máxima proteção ao trabalhador. Insculpidos em seu art. 7º, a Carta Magna elenca o rol dos direitos básicos e fundamentais dos trabalhadores urbanos e rurais no tocante às relações trabalhistas e previdenciárias com a clara intenção de assegurar a evolução da sua condição social.

Neste viés, o artigo 170 da CRFB traz em seu *caput* a previsão expressa a reforçar a proteção ao trabalhador, estendida a todo e qualquer cidadão ao prever que: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social [...]”. Denota-se, portanto, que a Constituição Federal tratou de manter e garantir direitos básicos à classe trabalhadora tendo em vista a inaplicabilidade dos institutos do direito civil, haja vista o desequilíbrio de forças verificado no poder esmagador dos detentores do capital e o indivíduo que disponibiliza e comercializa sua força de trabalho, único bem de que dispõe.



Entretanto, como forma de incentivar o desenvolvimento econômico e a livre negociação entre a classe operária e a patronal, o Estado previu através da Carta Mor em seu artigo 8º, a participação dos trabalhadores através dos seus sindicatos em negociações diretas com o empregador. Tal atuação só é possível dada a autonomia atribuída às entidades sindicais, garantindo sua autogestão livre da ingerência estatal ou patronal ou do controle político. Temos então, no instituto da negociação coletiva o espaço necessário para a discussão de pautas abertas, dependendo, tão somente, da correlação de forças e dos parâmetros mínimos previstos no ordenamento pátrio.

5 NEGOCIAÇÕES COLETIVAS E A FLEXIBILIZAÇÃO DAS LEIS TRABALHISTAS

Para compreendermos o tema, necessário distinguirmos ou definirmos o termo *flexibilização* no contexto trabalhista. Há autores que, semanticamente equivocados, utilizam-se, ora do termo *flexibilização*, ora da *desregulamentação*, havendo casos em que se utilizam dos termos *adaptação* ou até mesmo de *simplicificação* das leis trabalhistas. Neste diapasão, afirma BELTRAMELLI NETO (2008, p. 78-79) que a flexibilização torna “[...] menos rígida a normatização trabalhista não pela desregulamentação pura e simples [...]”. A desregulamentação pressupõe alguma regulamentação revogada do ordenamento jurídico, deixando o Estado de imiscuir-se em determinado tema, ausentando-se e transferindo à sociedade civil a solução de eventuais conflitos sob a égide civilista. Neste viés, torna-se muito pertinente a posição do ilustre jurista Sérgio Pinto Martins (2004, p. 26-27) ao afirmar que “a desregulamentação enseja a retirada de normas heterônomas a regulamentar as relações de trabalho. Na desregulamentação a lei simplesmente deixa de existir. Na flexibilização, são alteradas as regras existentes [...]”.

Verifica-se que a flexibilização proposta do Direito do Trabalho representa a ampliação das possibilidades de contratação de empregados sob os auspícios de convenção coletiva, permitindo ao empregador deixar de cumprir o consagrado em lei, configurando assim como desregulamentação. Ocorreria então, uma verdadeira inversão da hierarquia das normas, sobrepondo-se o convencionalizado ao legislado.

Referido discurso revela-se despidido de fundamentação lógica e ampara-se no vazio do abismo que separa os mais ricos dos mais pobres sob o manto da excessiva concentração de renda registrada no Brasil.

É salutar não perder de vista os requisitos basilares que compõem os



direitos fundamentais insculpidos na nossa Constituição Federal, os quais devem permanecer intocados. Assim, devemos entender a flexibilização enquanto atribuição de plasticidade à legislação trabalhista, rompendo o extremo rigor de que foi revestida em sua origem autoritária, sem, no entanto, desregulamentá-la. (NASSAR, 1992)

Importante parecer sobre o tema é apresentado por Arnaldo Süssekind (2000), membro da comissão que elaborou a CLT de 1943, a reforçar a presente tese de que flexibilização não se confunde com desregulamentação. Na desregulamentação, o Estado retira-se, não interferindo nas relações contratuais de labor, permitindo assim que as condições de emprego, orientadas pela autonomia privada, sejam estabelecidas de acordo com as leis do mercado, prevalecendo a autonomia da vontade. Temos que, na flexibilização o Estado intervém diretamente nas relações trabalhistas, impondo algumas normas de ordem pública permitindo, entretanto, a manifestação da autonomia privada a adequar à realidade factual algumas regras gerais através da negociação coletiva. É o que se verifica na Constituição Federal, em seu artigo 7º, nos incisos VI, XII e XIV que tratam da flexibilização, via convenção coletiva, do salário e da duração da jornada de trabalho.

A previsão de negociação coletiva parte do pressuposto da existência de uma organização sindical forte para fazer frente ao poder patronal e defender a categoria dos abusos e das condições precarizadas a que são submetidos em nome da manutenção e, ou da geração de novos postos de trabalho.

Como ferramenta para o enfraquecimento da organização, utiliza-se de terceirizações, quiçá de quarteirizações distanciando assim o empregado do seu tomador de serviços pelas constantes substituições. Ressalte-se que as terceirizações permitem contratações por empresas com poucas garantias patrimoniais e financeiras, inviabilizando as indenizações devidas em caso de inadimplementos trabalhistas. Da inconstância e instabilidade deste formato de relação de trabalho, verifica-se o enfraquecimento e uma certa volatilidade na organização sindical reduzindo seu poder de representação e favorecendo a alta rotatividade de mão-de-obra. Visando à proteção de categorias com menor ou sem nenhum poder de negociação, a CLT inibe concessões feitas pelos trabalhadores que contrariem o princípio da irrenunciabilidade de direitos, admitindo tão somente eventuais transações acordadas em juízo, vedando prementemente as conduzidas no âmbito da empresa. Assim, em seu artigo 9º, a CLT, *ipsis litteris*, preconiza que “serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação



dos preceitos trabalhistas.”

Tendo em vista o caráter conservador do Direito do Trabalho é normal a resistência à flexibilização, pois, via de regra, esta é aplicável em desfavor do trabalhador. Não há proposta por parte da classe patronal de flexibilização para mais e em benefício do empregado. Justifica-se esta tendência por ser inerente ao sistema capitalista a apropriação da mais valia e o acúmulo de riquezas, portanto, quanto mais, melhor. Vejamos o exemplo da *flexibilização* prevista a partir do art. 7º, inciso XIII da CRFB: “duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, *facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho.*” (grifos nossos)

A flexibilidade verificada na Constituição Federal, ao prever a compensação mediante acordo ou convenção coletiva, proporcionou a alteração do artigo 59 da CLT, possibilitando a criação do *banco de horas* sob o argumento que propiciaria a manutenção dos postos de trabalho em períodos de crise ou de redução da produção, reduzindo o custo da hora extra e permitindo ao trabalhador usufruir da folga de acordo com sua conveniência. Nesta esteira, o TST em sua Súmula 85, inciso II, prevê o acordo individual para compensação de horas, desde que não haja acordo ou convenção coletiva contrárias.

Verifica-se a previsão de reforma *in pejus* através de acordo ou convenção coletiva no tocante aos turnos de 6 horas ininterruptas que podem ser elastecidas para até 8 horas sem que isto signifique pagamento de horas extras ao trabalhador, conforme preleciona a Súmula 423 da CLT em afronta direta ao artigo 896, alínea c da CLT. Resta, pois, totalmente benéfica ao empregador referida previsão de flexibilização para ampliação do turno ininterrupto para até oito horas, sem acréscimo de horas extras com base na norma justralhista em comento. Em princípio, verifica-se o equívoco da Colenda Corte trabalhista quanto à interpretação do inciso XIV da CRFB que, a um simples passar de olhos entende-se que a jornada de seis horas deverá ser ininterrupta, só podendo ser fracionada, quer seja em turnos iguais ou distintos como um turno de duas horas e outro de quatro horas, por exemplo. Discutível, portanto, a constitucionalidade da referida súmula, haja vista que o constituinte originário previu a negociação coletiva como única forma de flexibilização dos direitos trabalhistas previsto constitucionalmente em seu artigo 7º, XIV, *verbis*: “jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, *salvo negociação coletiva.*” (grifos nossos)

A previsão constitucional da flexibilização das normas justralhistas



através das negociações coletivas assume matizes antagônicos a depender da ótica do intérprete. Assim, temos sob a ótica dos empregadores que a constituição privilegia fundamentalmente a autonomia privada com base no inciso XXVI do seu artigo 7º que confere como direito dos trabalhadores o *reconhecimento das convenções coletivas e acordos coletivos*, e nesta esteira em seu artigo 8º, VI, declara como sendo de fundamental importância a condução pelas organizações representativas dos processos de negociação, sendo *obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho*.

Entretanto, dada a voracidade do poder econômico que não hesita em se retroalimentar à custa da precarização dos contratos laborais, tem-se nas negociações coletivas uma via complementar à classe trabalhadora para conquistar algo a mais do que o básico garantido pela legislação trabalhista e pela Constituição Federal. Assim, as negociações coletivas não devem ser vistas como alternativa para reduzir direitos consagrados e protegidos pelos princípios fundantes do Direito do Trabalho, entre eles o basilar princípio da proteção do trabalhador, fruto da síntese do jurista uruguaio Plá Rodríguez (1993, p. 42) que o subdivide em princípio do *in dubio pró operário*, o da norma mais favorável e o da condição mais benéfica. Acrescente-se, ainda, o princípio da indisponibilidade de direitos trabalhistas bem como a vedação à renúncia albergada no arts. 9, 444 e 468 da CLT que corroboram a impossibilidade de interpretação reducionista de direitos atribuída à negociação coletiva.

O discurso da prevalência das negociações coletivas sobre a norma legislada embasa-se na necessidade de se elevar a competitividade das empresas nacionais frente à globalização reduzindo a carga de encargos sociais embutidos na folha de pagamento que, segundo estudos recentes, podem ultrapassar os 100% contra algo em torno de 50% no bloco europeu. “O Brasil tem uma elevada incidência de encargos trabalhistas sobre a folha de pagamento, ou seja, um empregado custa para o empregador duas vezes o valor do seu salário.” (CNI, 1993) Entretanto, há que se considerar que o percentual brasileiro é incidente sobre valores irrisórios se comparados aos salários dos países desenvolvidos, onde os trabalhadores têm suas necessidades básicas atendidas na plenitude ou pelo menos muito próximo disso através dos ganhos laborais, tais como moradia, alimentação, transporte, educação e saúde. Já no tocante ao trabalhador brasileiro, o Estado precisa prover esses direitos fundamentais, dado a impossibilidade de se conquistá-los via salário mínimo, cujo ganho real é contido para atender às aspirações de lucro das unidades empregadoras.



6 REFLEXOS DO CAPITAL GLOBALIZADO NOS ÍNDICES DE DESEMPREGO

É de uma clareza solar que o discurso global da flexibilização *in pejus* do direito do trabalho resta eivado da ideologia neoliberal e que é insustentável num estado democrático de direito como se configura nosso País. Enquanto vítima e causador das graves crises, denota-se que o neoliberalismo, num processo de destruição autofágica a partir de suas próprias entranhas e em seu próprio *ninho*, apresenta-se em franca decadência. Esta postura neoliberal transfere todo o poder ao capital que retira do estado a direção dos rumos que o país deve tomar favoráveis ao seu povo. Como reflexo deste pensamento equivocado, temos a desestabilização de economias nacionais, com consequências danosas às relações empregatícias, como o verificado hodiernamente nos EUA e bloco europeu.

Tem-se constatado elevado índice de desemprego e precarização dos postos remanescentes nos países capitalistas centrais, registrando-se, em fevereiro de 2012, a taxa de desemprego de 8,3% nos EUA². Este fenômeno alastrou-se mais acentuadamente no bloco europeu denominado EA17³ onde se registrou, em fevereiro de 2012, o percentual de 10,8% da PEA⁴ desempregada, totalizando mais de 16 milhões de cidadãos sem trabalho. O índice, liderado pela Espanha, que atingiu, naquele mesmo mês, o percentual de desemprego equivalente a 23,6%, traz consigo um dado assustador referente à população trabalhadora jovem espanhola, abaixo de 25 anos, em cuja faixa o desemprego alcançou a estratosférica taxa de 50,5%⁵.

² In February 2012, the unemployment rate was 8.3% in the USA. Disponível em: <http://epp.eurostat.ec.europa.eu/cache/ITY_PUBLIC/3-02042012-AP/EN/3-02042012-AP-EN.PDF> . Acesso em: 13 abr 2012.

³ EA17 –A área do Euro aqui citada consiste da Bélgica, Alemanha, Estônia, Irlanda, Grécia, Espanha, França, Itália, Chipre, Luxemburgo, Malta, Países Baixos, Áustria, Portugal, Eslovênia, Eslováquia e Finlândia. Disponível em: <http://epp.eurostat.ec.europa.eu/cache/ITY_PUBLIC/3-02042012-AP/EN/3-02042012-AP-EN.PDF> . Acesso em: 13 abr 2012.

⁴ POPULAÇÃO ECONOMICAMENTE ATIVA (Contingente apto ao trabalho). Com base na definição da OIT, a Eurostat define os desempregados como pessoas entre 15 e 74 anos que: a) Estão sem trabalho; b) Estão disponíveis para começar a trabalhar dentro das próximas duas semanas; c)- E tem procurado ativamente emprego em algum momento durante as quatro semanas precedentes. A taxa de desemprego é representada pelo percentual de desempregados em relação à PEA. A força de trabalho é o número total de pessoas empregadas, mais desempregados. Disponível em: <http://epp.eurostat.ec.europa.eu/cache/ITY_PUBLIC/3-02042012-AP/EN/3-02042012-AP-EN.PDF> . Acesso em: 13 abr 2012.

⁵ "In February 2012, 5.462 million young persons (under 25) were unemployed in the EU27, [...]"



No Brasil globalizado não poderia ser diferente. Basta verificar os dados no Cadastro Nacional de Empregados e Desempregados (CAGED), divulgado em outubro de 2011 pelo Ministério do Trabalho e Emprego (MTE)⁶. Os dados indicam a criação de apenas 42.735 empregos formais no mês de novembro de 2011, alta de 0,11% em relação ao estoque de empregos celetistas do mês anterior, inobstante ocorrer num dos melhores períodos para novas contratações tendo em vista as festas de final de ano. Percebe-se que, embora crescente, o índice apresentado denota uma desaceleração na geração de novos postos de trabalho. Os indicadores oficiais sinalizam a tendência, no curto e médio prazo, de agravamento no quadro desemprego caso não sejam adotadas políticas públicas favoráveis à sua reversão.

Os dados alarmantes, acima elencados, apresentam de forma concreta os graves riscos impingidos à classe trabalhadora pelos equívocos político-econômicos. Como não poderia deixar de ser, as consequências desastrosas oriundas da cartilha neoliberal, deságuam em instabilidades que se refletem na propagação de manifestações por diversos países europeus contra políticas estatais que visam reduzir os investimentos na esfera social. Nem mesmo Wall Street, o coração financeiro do planeta, ficou imune. O Movimento Ocupe Wall Street reuniu manifestantes de diversos matizes que protestaram veementemente, embora de forma pacífica, contra a política que privilegia a especulação financeira sob a batuta dos banqueiros e seus investidores. O discurso ampliado do movimento abordou também a elevação dos índices de desemprego, segregação racial e social.

É diante deste quadro global fissurado das relações trabalhistas que as normas mínimas, pétreas e intocáveis, exercem o papel fundamental para colmatar o abismo existente nesta correlação de forças entre o capital e o trabalho. Desta forma, estabelece o normativo justrabalhista, como garantia à parte hipossuficiente, uma existência digna, sob o manto protetor do Estado.

and the highest in Spain (50.5%) and Greece (50.4% in December 2011". Disponível em: <http://epp.eurostat.ec.europa.eu/cache/ITY_PUBLIC/3-02042012-AP/EN/3-02042012-AP-EN.PDF>. Acesso em: 13 abr 2012.

⁶ Embora o saldo global seja positivo, cerca de 6,46% nos onze primeiros meses de 2011, em relação a dezembro de 2010, com a criação de 2,3 milhões de empregos formais, conforme informação da Assessoria de Imprensa do MTE em 20/12/2011, verifica-se uma queda de 14,81% em relação ao mesmo período de 2010, quando foram criados 2,7 milhões de novos empregos formais. Disponível em: <<http://portal.mte.gov.br/imprensa/pais-cria-2-3-milhoes-de-empregos-formais-no-ano.htm>>. Acesso em: 13 abr 2012.



Nas palavras de Süsskind (2004, p. 56), integrante da comissão elaboradora da Consolidação das Leis do Trabalho em 1943, a desregulamentação abrupta e de forma ampla trazem em sua esteira consequências danosas que “têm ampliado o desemprego, com a criticável sequência de um círculo vicioso: redução do salário real, menor poder de consumo, menos produção e mais desemprego.”

Ao se analisar o presente tema, há que se ter em mente que o direito do trabalho exerce a função precípua de conferir proteção aos trabalhadores frente às tendências privatísticas estatais, bem como às práticas abusivas sob a influência do pensamento neoliberal e forte pressão econômica dos donos do capital e dos meios de produção. A luta por melhores salários, redução da jornada entre outras condições mínimas de trabalho que atendam as necessidades básicas da classe operária, atravessou séculos, na busca incansável pela superação do abismo existente entre o capital e o trabalho.

Entretanto, o núcleo da preocupação para os defensores da flexibilização se desloca das condições de trabalho para a mera preservação do emprego. Neste viés, fundamentam sob a ameaça de que os postos de trabalho tendem a desaparecer frente ao custo da folha de pagamento, aos avanços da robótica, à acirrada e predatória competição entre as empresas planetárias.

No Brasil, assim como ocorre em outros países, a flexibilização das normas trabalhistas, pautada num discurso de manutenção das empresas, e, por conseguinte, dos empregos, abre uma fenda para extirpar princípios consagrados na Carta Magna e na legislação trabalhista consolidada, notadamente os artigos 9º e 468 da CLT. Some-se a isso, o discurso de que o mundo moderno em sua veloz transformação reclama adaptações a novas formas de encarar as relações laborais, sendo necessária a adequação à nova realidade. Embora seja o alvo, o processo produtivo não atingiu, ainda, o nível a prescindir do trabalho vivo.

7 CONCLUSÕES

Neste diapasão, é aceitável a flexibilização reversa⁷ das normas

⁷Termo não utilizado na doutrina, entretanto, cabível para apresentar a tese da necessidade de incrementação da flexibilização para mais, excedendo os patamares mínimos garantidos pela legislação e que passariam a agrupar os direitos disponíveis e negociáveis, quer individual ou



trabalhistas, tornando-as mais favoráveis ao trabalhador, ampliando seus direitos disponíveis. Neste cotejo, não deverão ser objeto de flexibilização os direitos indisponíveis, p $\acute$ treos e fundantes do Direito do Trabalho que garantem a n $\tilde$ o explora $\tilde$ ção desumanizada do trabalhador, revestindo-o com o manto da prote $\tilde$ ção da dignidade universal da pessoa humana.

Finalmente, chega-se ao entendimento de que a busca de solu $\tilde$ ções para a crise global, que se alastra c $\acute$ lere, deve manter-se $\grave$ dist $\acute$ ncia das regras protetivas do trabalho. A solu $\tilde$ ção passa obrigatoriamente pela localiza $\tilde$ ção e combate $\grave$ s verdadeiras causas da crise que est $\acute$ o nas decis $\tilde$ es equivocadas de privilegiar o capital em detrimento do ser humano. Ao considerar o trabalhador t $\tilde$ o somente enquanto insumo a ser contabilizado como custo de produ $\tilde$ ção, sem atribuir-lhe o valor correspondente $\grave$ dignidade existencial, incorre-se no grav $\acute$ ssimo erro de depreciar a pr $\acute$ pria natureza humana, o elemento mais nobre que h $\acute$ no sistema de produ $\tilde$ ção.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Ricardo. **Adeus ao Trabalho?:** ensaio sobre as metamorfoses e a centralidade do mundo do trabalho. Campinas: Univ. Est. de Campinas, 2000.

BARBUGIANI, Luiz Henrique Sormani. **A inser $\tilde$ ção das normas internacionais de direitos humanos nos contratos individuais de trabalho.** S $\tilde$ o Paulo: LTr, 2008.

BELTRAMELLI NETO, S $\tilde$ lvio. **Limites da flexibiliza $\tilde$ ção dos direitos trabalhistas.** S $\tilde$ o Paulo: LTr, 2008.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicion $\acute$ rio de pol $\acute$ tica.** 11 ed. Bras $\acute$ lia: UnB, 1998.

coletivamente, a exemplo de acr $\acute$ scimo salarial vol $\acute$ til associado $\grave$ oscila $\tilde$ ção do faturamento da empresa.



CATHARINO, José M.. **Compêndio de direito do trabalho**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1982.

CAVALCANTI, Lygia Maria de Godoy Batista. **A flexibilização do direito do trabalho no Brasil: desregulação ou regulação anética do mercado**. São Paulo: LTr, 2008.

CHAGAS, Juary. **Sociedade de classe, direito de classe: uma perspectiva marxista e atual**. São Paulo: Instituto José Luís e Rosa Sundermann, 2011.

CNI Confederação Nacional das Indústrias. **Publicações e pesquisas**. Disponível em: <<http://www.cni.org.br/portal/main.jsp?lumPageld=FF8080812DBF9D62012DBFA4AF3276FE&query=Encargos+sociais>> Acesso em: 29 abr 2012.

COUTINHO, Grijalbo Fernandes. **O direito do trabalho flexibilizado por FHC e Lula**. São Paulo: LTr, 2009.

DALLEGRAVE NETO, José Affonso. et al. **Direito do Trabalho Contemporâneo: flexibilização e efetividade**. São Paulo: LTr, 2003.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 10 ed. São Paulo: LTr, 2011.

EUROPEAN Commision Eurostat. **News release euroindicators**. Disponível em: <http://epp.eurostat.ec.europa.eu/cache/ITY_PUBLIC/3-02042012-AP/EN/3-02042012-AP-EN.PDF> Acesso em: 13 abr 2012.

HOFFMANN, Fernando. **O princípio da proteção ao trabalhador e a atualidade brasileira**. São Paulo: LTr, 2003.



MARTINS, Sergio Pinto. **Flexibilização das Condições de Trabalho**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MORAES FILHO, Evaristo de. **Tratado elementar de direito do trabalho**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1960.

NASCIMENTO, Amauri M. **Iniciação ao direito do trabalho**. 32 ed. São Paulo: LTr, 2006.

NASSAR, Rosita de N. S. **Flexibilização do Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 1992.

PALMEIRA SOBRINHO, Zéu. **Contrato coletivo de trabalho: concepções e possibilidades**. Mossoró: Fund. Guimarães Duque/Fundação Vingt-um Rosado, 2001.

PINHEIRO, Paulo Sérgio et al. **A Classe operária no Brasil: 1889-1930**. vol. II. São Paulo: Brasiliense, 1991.

RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 1993.

SÜSSEKIND, Arnaldo. et al. **Instituições de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2000.

VIANA, Márcio Túlio. In: PIMENTA, José Roberto Freire. et al. **Direito do trabalho: evolução, crise, perspectivas**. São Paulo: LTr, 2004.



THE FLEXIBILITY OF LABOUR LAWS

ABSTRACT

Nowadays is visible the irreversibility of the globalization process and the planning of international economy, especially after severe economic and financial crises observed at the beginning of the century. Although the origin of the crises was in the central capitalist countries, it has revealed serious manifestations on a global scale, affecting mainly the countries with lower technological development, small industrial park and low levels of financial reserves in stable currencies. The sphere of labour relations is the most affected by the crisis, suffering harmful consequences. However, the production process has not reached the level of human work yet. It is in this destructive situation that it is observed the consolidation of high unemployment rates with the degrading insecurity of remaining working positions according to unjustified reasons. It is in this context that the working class stands, the present article has the objective to reveal the effects of flexibility of labour laws and its effects on extinction, maintenance or creation of new jobs.

Keywords: Flexibility. Precariouness. Desregulation.



IMPOSSIBILIDADE DE CONFIGURAÇÃO DO CRIME DE DESOBEDIÊNCIA EM FACE DO ARBITRAMENTO DE MULTA DIÁRIA PARA O CUMPRIMENTO DA TUTELA ESPECÍFICA

Talita Nunes Maciel Silva

Acadêmica do 8º período do Curso de Direito da UFRN

RESUMO

O presente artigo visa abordar questão ainda confusa no cenário jurídico brasileiro no que diz respeito à aplicação conjunta de multas diárias, cujo escopo é garantir o cumprimento da tutela específica nas obrigações de fazer, não fazer e de entrega de coisa, e sanções penais decorrentes do crime de desobediência, previsto no art. 330 do Código Penal. Após estudo detalhado de cada um dos institutos supracitados, bem como da apresentação de posicionamentos dos principais tribunais do país e da doutrina mais especializada no assunto, chegaremos à conclusão sobre a possibilidade ou impossibilidade dessa cumulação, tentando, ao final, dá algumas sugestões aos operadores do direito que lidam diariamente com casos concretos dessa natureza.

Palavras-chave: Multa diária. Crime de desobediência. Atipicidade.

1 INTRODUÇÃO

Muitas são as formas que o ordenamento jurídico brasileiro selecionou para assegurar o cumprimento de um pronunciamento judicial. Há meios coercitivos de natureza civil, administrativa e penal, por exemplo.

Em algumas situações, o juiz, após determinar que alguém faça ou deixe de fazer algo, adverte que se o indivíduo não atender à sua ordem incorrerá em crime de desobediência e consequentemente responderá a processo penal. Essa é uma das formas de se assegurar o cumprimento de decisões.

Tema polêmico na prática forense atualmente é a cumulação das *astreintes*, que consistem em multas diárias cominadas ainda no pronunciamento judicial com vistas a compelir o indivíduo a cumprir o que ali está determinado, e da sanção penal prevista no art. 330 do Código penal. A controvérsia se dá em razão de possível ofensa a alguns princípios penais, caso haja a cumulação supracitada, cujo exame mais detalhado será feito a seguir.

2 AS DIVERSAS FORMAS DE ASSEGURAR A EFETIVAÇÃO DA TUTELA ESPECÍFICA

Como dito anteriormente, há vários meios de se garantir o cumprimento de um pronunciamento judicial. Neste tópico, tratar-se-á mais especificamente de alguns meios coercitivos elencados exemplificativamente no Código de Processo Civil em seu art. 461, § 5º, segundo o qual:

Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a *imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de atividade nociva, se necessário com a requisição de força policial*.
[grifos nossos]

Sendo assim, temos a nossa disposição, além da cominação da multa diária por tempo de atraso, as chamadas medidas de apoio acima destacadas que, embora não sejam aplicadas com tanta frequência, poderão se mostrar úteis em situações peculiares. Por exemplo, no caso da busca e apreensão, se



fará necessária quando o devedor, na posse de coisa alheia, podendo fazê-lo, não a devolve por livre e espontânea vontade ao seu verdadeiro proprietário; já no caso de obras ou atividades, que por sua natureza, ponham em risco a vida e a saúde dos moradores da região, poderá o magistrado lançar mão da medida de desfazimento de atividade nociva; existe ainda a possibilidade de requisição de força policial para a efetivação da tutela específica, podendo ser citado como exemplo, a obrigação imposta por decisão judicial para que inúmeras pessoas desocupem determinado lugar. Sendo inviável o arbitramento de multa para aquelas tantas pessoas, poderá o juiz requisitar a força policial para compeli-los a se retirarem do local indevidamente ocupado, efetivando assim o cumprimento da obrigação de fazer.

Essas são algumas opções à disposição do juiz, que se mostram bastante eficientes e que, pode-se até arriscar dizer, se aplicadas com mais frequência e da forma adequada, seriam suficientes, por si só, para efetivar o cumprimento da tutela específica.

No entanto, tais medidas de apoio não se mostram como as mais fáceis de serem aplicadas, pois nem sempre a força policial está disponível da forma que o magistrado imaginou que estivesse, algumas vezes, seu uso isolado não é capaz de resolver o problema, a coisa que deve ser entregue, normalmente não se sabe onde está, impossibilitando a sua busca e apreensão, dentre outros obstáculos. Por tal razão, a opção mais fortemente utilizada pelo julgador com o objetivo de se garantir o cumprimento da tutela específica é a cominação de multa diária, já que de certa forma, pode ser pura e simplesmente arbitrada, sem necessidade de colaboração de fatores externos.

2.1 Multa diária

A cominação de multa diária somente é possível nas ações de obrigações de fazer/não fazer e de entrega de coisa. A primeira delas tem como objeto a prestação de um serviço humano em geral, isto é, as obrigações de fazer sempre envolvem uma ação do devedor, como por exemplo, confeccionar, construir, comparecer, dentre outras. Por sua vez, as obrigações de não fazer são marcadas por abstenções, as quais o devedor deverá respeitar, podendo citar-se como exemplo a obrigação de não se aproximar de determinadas pessoas ou locais, não ligar o aparelho de som em volume alto depois de certa hora da noite etc. A última das obrigações, compreende o dever imposto a alguém de entregar ou restituir a coisa a quem de direito, podendo tal coisa ser determinada ou indeterminada.



Na realidade, nem sempre foi assim. Até o ano de 2002 a aplicação dessa penalidade pecuniária estava reservada apenas às obrigações de fazer/não fazer. A partir dessa data, foi editada a lei nº 10.444 de 2002, a qual inseriu naquele rol as obrigações de entrega de coisa. Com nova redação dada pela referida lei, o art. 287, do CPC passou a prever a possibilidade de fixação de *astreintes* também nessa modalidade de obrigação, nos seguintes termos: “Se o autor pedir que seja imposta ao réu a abstenção da prática de algum ato, tolerar alguma atividade, prestar ato ou entregar coisa, poderá requerer cominação de pena pecuniária para o caso de descumprimento da sentença ou da decisão antecipatória de tutela”

Em consequência dessa inovação, o art. 461-A do mesmo diploma legal, que trata das ações que tenham por objeto a entrega de coisa, passou a determinar que a elas se aplicaria o disposto nos §§ 1º a 6º do art. 461, do CPC, os quais disciplinam a execução imediata das ações de obrigação de fazer/não fazer, inclusive com a fixação de multa diária.

2.1.1 Origem e características

O surgimento desse instrumento processual a favor do credor deriva das *astreintes* do direito francês, tendo a palavra *astreindre* o significado de *obrigar*. Naquele país, foi criada com o escopo de coagir economicamente os devedores a cumprirem as obrigações devidas, tentando influenciar o ânimo desses indivíduos de que perderiam mais se insistissem no não cumprimento. Com esse mesmo ideal, a multa diária foi “importada” para o ordenamento jurídico brasileiro, estando disciplinada mais especificamente no art. 461, do CPC.

As multas diárias podem ser fixadas pelo juiz de ofício ou a requerimento da parte, possuindo natureza jurídica de pena privada, já que constituem justamente uma sanção imposta ao devedor pelo descumprimento de sua prestação.

É importante esclarecer que o objetivo maior da aplicação da multa por dia de atraso não é que o réu pague o valor fixado, mas que pelo contrário, seja ele desestimulado, em razão da multa cominada, a descumprir a determinação judicial. Por isso mesmo, o valor a ser arbitrado pelo juiz deve ponderar tais circunstâncias, para que o objetivo da norma não seja esvaziado. Nesse sentido os ensinamentos do doutrinador Misael Montenegro Filho (2010, p. 527):



Instrumentalizando-se como medida de atemorização da parte na forma de aviso indesejado, a saber: não sendo cumprida a obrigação específica (dar, fazer ou não fazer), a ela se somará uma penalidade diária até que o problema principal seja resolvido, que é o de forçar o vencido a fazer ou deixar de fazer o que foi imposto na sentença, ou de lhe forçar a entregar uma coisa ao vencedor.

Há divergência doutrinária quanto ao valor máximo que pode ser arbitrado para a multa diária, defendendo alguns autores que não poderá exceder o valor da obrigação principal, pois isto geraria o enriquecimento ilícito do credor. Se analisarmos mais detalhadamente essa questão, perceberemos que tal pensamento está equivocado, justamente pelo que acabou de ser exposto: as *astreintes* não têm caráter de contraprestação da obrigação principal, nem tão pouco de reparação dos prejuízos suportados pelo credor, seu caráter é eminentemente inibitório, visando evitar o descumprimento da obrigação na sua forma específica. Por tal razão, justifica-se sua fixação em valor alto, podendo até mesmo ultrapassar o montante da obrigação principal, fato que não poderá ser qualificado como enriquecimento ilícito do credor.

O § 6º do dispositivo ora estudado prevê a possibilidade de o juiz da execução alterar tanto o valor quanto a periodicidade da multa, caso perceba que se mostrou insuficiente ou excessiva para sua finalidade inibitória. No entanto, o aumento ou redução do quantum previamente fixado não pode ser feito aleatoriamente, deve obedecer a alguns critérios objetivos, como por exemplo: a manutenção da situação fática, não autoriza a alteração supracitada, por outro lado, qualquer modificação na situação de fato é o suficiente para ensejar a alteração também da pena pecuniária.

A incidência da multa está diretamente ligada, em primeiro lugar ao não cabimento mais de recursos da decisão que a fixou, bem como ao final do prazo estipulado pelo magistrado para o cumprimento da obrigação. Findo este, o juízo começará a contabilizar os dias de atraso para fins de cálculo do quantum devido ao credor.

No entanto, para que o período de incidência tenha início, faz-se necessário o conhecimento perfeito da determinação judicial por parte do réu. Caso não tenha ele sido intimado pessoalmente sobre o que está obrigado a fazer, não há que se falar em descumprimento da decisão, uma vez não preenchida a condição essencial acima citada.



Por todo o exposto, já se deve ter percebido que, com a aplicação do procedimento previsto no art. 461, do CPC, as sentenças ou decisões liminares que imponham a obrigação de fazer/não fazer ou de entrega de coisa “abandonaram” a fase de execução propriamente dita, passando a vigorar para elas a simples efetivação do pronunciamento judicial.

Isso quer dizer que a fixação de multa por dia de atraso, imposta pelo juiz na própria sentença ou decisão, com o fim de garantir ao autor a satisfação do seu direito em espécie, obriga o réu a cumprir de imediato sua prestação para se furtar aos efeitos da pena pecuniária. Em razão dessa sistemática, a obrigação devida é cumprida, como dito logo acima, de imediato, constituindo o que a doutrina chama de *execução imediata e de ofício*. Para esclarecer melhor o tema, segue um julgado do Superior Tribunal de Justiça:

As decisões judiciais que imponham a obrigação de fazer ou não fazer, ao advento da Lei 10.444/02, passaram a ter execução imediata e de ofício. Aplicando-se o disposto no art. 644, *caput*, combinado com o art. 461, com a redação dada pela Lei 10.444/02, ambos do CPC, verifica-se a dispensa do processo de execução como processo autônomo. Se a nova sistemática dispensou a execução, é indubitosa a dispensa também dos embargos, não tendo aplicação o disposto no art. 738 do CPC.¹

Tal entendimento jurisprudencial vem apenas reforçar o que acaba de ser explanado. O art. 644 do CPC trata do processo de execução para as obrigações de fazer/não fazer, no entanto, remete a disciplina de tal processo ao que está disposto no art. 461 do mesmo diploma legal. Ou seja, segundo aquele dispositivo, a execução das sentenças cujo objeto seja as obrigações de fazer ou não fazer, se dá nos termos do que está positivado no art. 461 do CPC, evidenciando o fato de que tais sentenças não passarão mais por um processo de execução autônomo, já que sua execução se opera imediatamente e de ofício.

Vale destacar, por fim, que tal sistemática só é válida para as obrigações de fazer/não fazer e entrega de coisas dispostas em título judicial (sentença). As provenientes de título executivo extrajudicial deverão

¹ STJ. 2ª Turma. Resp 692.323. Rel. Min. Eliana Calmon. J. 26/04/2005. DJU 30/05/2005.



obedecer às regras do art. 645 do CPC, passando por um processo de execução autônomo, já que nesses casos, sequer há uma relação processual originalmente instaurada.

3 CRIME DE DESOBEDIÊNCIA

Antes de iniciar a análise da questão central do presente trabalho, cumpre conhecer melhor os elementos que compõem o crime em tela, previsto no art. 330 do Código Penal. O tipo está assim descrito: “*Desobedecer a ordem legal de funcionário público: Pena – detenção, de quinze dias a seis meses, e multa*”.

Observa-se que o delito de desobediência compreende um ato de *resistência passiva*, isto é, o simples ato de não cumprir, deixar de atender, não se submeter, sem emprego de violência ou ameaça ao funcionário que emite a ordem, pois tais condutas são típicas do delito de resistência, previsto no art. 329 da mesma legislação.

Só haverá que se falar em crime de desobediência se a autoridade competente houver expedido uma efetiva *ordem*, não basta um simples pedido ou solicitação. Ademais, exige-se que referida ordem seja *legal*, tanto no sentido formal quanto no material, tendo em vista que, “ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (CF, art. 5º, II). Portanto, a justiça ou *injustiça* da ordem pouco importa para a configuração do delito, apenas sua legalidade é imprescindível.

Outro requisito para a caracterização do tipo penal ora estudado é de que a ordem parta de *funcionário público competente*, aquele que esteja no exercício do cargo no momento da expedição da ordem e que tenha atribuições legais para tanto, caso contrário, a resistência do indivíduo em obedecê-la será atípica.

Exige-se ainda que a ordem seja *diretamente transmitida a quem deva cumpri-la*, pois só se pode cumprir a obrigação que se sabe ser devida. Não havendo o conhecimento perfeito do conteúdo da ordem legal, impossível se aferir o dolo no seu eventual descumprimento e, conseqüentemente, impossível a persecução penal. Melhor esclarecendo o assunto, vale os ensinamentos do doutrinador Celso Delmanto (2010, p. 937):

A ordem deve ser dirigida direta e expressamente ao agente, não bastando que seja a ele encaminhada por meio de interposta pessoa (secretária, por exemplo). Isto porque é imprescindível à caracterização do crime que o agente tenha conhecimento inequívoco da ordem.



Quanto ao destinatário da ordem, há ainda que se ressaltar que deve ele ter a *obrigação legal*² e *condições materiais* de cumpri-la. O primeiro requisito, porque não há lógica em se punir o cidadão que não tem qualquer dever jurídico perante a ordem expedida, como por exemplo, no caso do homem que se recusa a realizar o exame de sangue no curso de uma ação de investigação de paternidade. Por não estar obrigado a se submeter a tal exame, apesar de recair sobre ele a presunção de paternidade, como consequência de sua recusa, não recairá, entretanto, sanções de natureza penal, já que o indivíduo não cometeu qualquer crime com tal atitude.

O segundo requisito porque, se há impedimentos que fogem à vontade do agente, como por exemplo, entraves burocráticos, falta de colaboração de terceiros etc, o descumprimento da ordem será inevitável e independente de sua vontade. Sendo assim, não possuindo ele condições materiais para cumprir a ordem, sua desobediência será atípica. Corroborando o que acaba de ser exposto, aduz Júlio F. Mirabete (2010, p. 331): “sendo a autoridade impetrada incompetente para atender ao pedido feito em mandado de segurança, por ilegitimidade passiva *ad causam*, não se pode falar em crime de desobediência, pela impossibilidade material de atendimento à ordem judicial”.

Como pode-se perceber, o *dolo é o elemento subjetivo do crime*. O agente deve ter consciência da legalidade da ordem a si dirigida e que o funcionário público emissor é o competente para tanto, e ainda assim, querer descumpri-la. O erro do tipo ou o motivo de força maior excluem o dolo. Não há previsão para a forma culposa, razão pela qual, na ausência do elemento subjetivo em questão, o crime de desobediência não existirá.

O *objeto jurídico* a ser protegido pelo tipo penal do art. 330, CP, é o prestígio e a dignidade da Administração, que serão comprometidos, inevitavelmente, no descumprimento de uma ordem expedida por uma de suas autoridades. A previsão de sanções penais para casos como esses visa justamente resguardar tais qualidades da Administração Pública em geral.

Quanto aos sujeitos do crime, pode-se identificar como *sujeito ativo*

² Criminal. RHC. Desobediência. Trancamento da ação. Atipicidade evidenciada. Recurso provido. I. Só se configura o delito de desobediência quando há descumprimento à ordem legal endereçada diretamente a quem tem o dever legal de cumpri-la. II. Recurso provido para determinar o trancamento da ação penal por atipicidade”. (RHC 10648/SP, 5ª Turma, Rel. Min. Gilson Dipp, publicado no DJ em 19/03/2001, p. 120).



qualquer pessoa. Apesar de algumas divergências doutrinárias, é certo afirmar que, até mesmo o funcionário público pode figurar como agente do delito de desobediência, desde que não esteja no exercício de suas funções no momento do descumprimento da ordem legal. Por sua vez, o *sujeito passivo* será sempre o *Estado*, e de forma secundária, o funcionário público emissor da ordem.

O delito em tela pode *ser praticado tanto na forma comissiva quanto na omissiva*. Na primeira hipótese, haverá uma ação do agente, fazendo algo que estava proibido em virtude da ordem legal expedida pelo funcionário público competente, como por exemplo, a venda de bebidas alcoólicas em dia de eleição, logo após sua proibição ordenada pelo magistrado. Na segunda hipótese, o que ocorre é uma abstenção, o agente se mantém inerte enquanto escoo o prazo fixado pela autoridade competente para o cumprimento de determinada obrigação, como por exemplo, no ato de recusa do agressor em entregar a arma utilizada na prática do crime. Esclarecendo melhor o assunto, Fernando Capez (2010, p. 555) ensina que:

O conteúdo da ordem emanada pode ser uma ação (determina-se que o destinatário faça algo) ou omissão (determina-se que o destinatário deixe de fazer algo). Nesta última hipótese, o crime se consuma no momento em que o agente pratica a ação de que deveria se abster. Já na primeira hipótese, para que se considere consumado o crime, é preciso verificar se o funcionário concedeu prazo para que o agente realize a ação devida, pois, ultrapassado tal prazo e tendo aquele se omitido, considera-se descumprida a ordem e, portanto, consumado o crime. Ausente qualquer prazo, deverá ser fixado um tempo juridicamente relevante que caracterize a omissão, isto é, o descumprimento da ordem.

No que diz respeito às questões processuais, a competência para processar e julgar o crime de desobediência é do Juizado Especial Criminal, tendo em vista que a pena máxima cominada em abstrato para tal delito não ultrapassa dois anos, como assim exige a Lei nº 9.099/95.

A ação penal será pública incondicionada, isto é, independente da representação do ofendido. Serão cabíveis para a espécie os institutos da transação penal e/ou da suspensão condicional do processo, desde que atendidos os pressupostos estampados na lei supracitada.



4 IMPOSSIBILIDADE DE CONFIGURAÇÃO DO CRIME DE DESOBEDIÊNCIA FACE A COMINAÇÃO DE MULTA DIÁRIA ANTERIOR

Situação bastante comum, vivenciada hoje no judiciário brasileiro é a cominação de multa diária nas decisões judiciais para o descumprimento da tutela específica e, posteriormente, verificado o insucesso de tal meio coercitivo, a tentativa de responsabilização criminal com fulcro no delito previsto no art. 330, CP.

Assim, o magistrado determina ao réu que faça algo, deixe de fazê-lo ou entregue alguma coisa, e comina multa diária para a hipótese de descumprimento. Após algumas intimações e notificações sem êxito, o magistrado lança mão de outro meio coercitivo, qual seja a advertência de que não atendida, desta vez, a ordem judicial, o réu incorrerá em crime de desobediência e terá contra si instaurado um processo penal.

É compreensível essa atitude tomada por alguns magistrados, tendo em vista que as sanções de natureza penal são bastante eficazes quando o objetivo é compelir os cidadãos a cumprirem suas obrigações. A possibilidade de ter que responder um processo penal assusta a maioria e, normalmente, consegue convencer àqueles que tentavam resistir, a cumprir sua obrigação na forma específica, assim como determinado na sentença.

Ocorre que a Corte Suprema já se posicionou acerca da impossibilidade da cumulação da sanção civil pecuniária com a sanção penal do crime ora estudado e muitos tribunais pátrios já vêm aplicando esse entendimento, como pode-se perceber pelos seguintes julgados:

CRIME DE DESOBEDIÊNCIA - COMINAÇÃO DE MULTA DIÁRIA ("ASTREINTE"), SE DESRESPEITADA A OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER IMPOSTA EM SEDE CAUTELAR - INOBSERVÂNCIA DA ORDEM JUDICIAL E CONSEQÜENTE DESCUMPRIMENTO DO PRECEITO - ATIPICIDADE PENAL DA CONDUTA - "HABEAS CORPUS" DEFERIDO. - Não se reveste de tipicidade penal - descaracterizando-se, desse modo, o delito de desobediência (CP, art. 330) - a conduta do agente, que, embora não atendendo a ordem judicial que lhe foi dirigida, expõe-se, por efeito de tal insubmissão, ao pagamento de multa diária ("astreinte") fixada pelo magistrado com a finalidade específica de compelir, legitimamente, o devedor a cumprir o preceito. Doutrina



e jurisprudência.³ [grifos nossos].

*Crime de desobediência: caracterização: descumprimento de ordem judicial que determinou apreensão e entrega de veículo, sob expressa cominação das penas da desobediência. Caso diverso daquele em que há cominação legal exclusiva de sanção civil ou administrativa para um fato específico, quando, para a doutrina majoritária e a jurisprudência do Supremo Tribunal (v.g. RHC 59.610, 1ª T., 13.4.82, Néri da Silveira, RTJ 104/599; RHC 64.142, 2ª T., 2.9.86, Célio Borja, RTJ 613/413), deve ser excluída a sanção penal se a mesma lei dela não faz ressalva expressa. Por isso, incide na espécie o princípio da independência das instâncias civil, administrativa e penal.*⁴ [grifos nossos].

HABEAS CORPUS - ORDEM JUDICIAL - DESOBEDIÊNCIA - ASTREINTES - INEXISTÊNCIA DE CRIME. - NÃO CONFIGURA O CRIME DE DESOBEDIÊNCIA A CONDUTA QUE, APESAR DE DESCUMPRIR ORDEM JUDICIAL, SE EXPÕE A OUTRA SANÇÃO (ASTREINTES) NELA FIXADA PARA O CASO DE EVENTUAL DESCUMPRIMENTO.⁵ [grifos nossos].

PROCESSO DE COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA - ART. 1º, INCISO XIV, DO DECRETO-LEI 201/67 - CRIME DE DESOBEDIÊNCIA - ORDEM JUDICIAL - DESCUMPRIMENTO - PENALIDADE PECUNIÁRIA IMPOSTA - ATIPICIDADE DA CONDUTA - PRECEDENTES DO STF. Na esteira da jurisprudência firme da Suprema Corte, *não configura o crime de desobediência quando o cumprimento da ordem judicial está assegurado por multa imposta civilmente, podendo o réu descumprir a determinação, desde que pague a penalidade pecuniária fixada, o que descaracteriza o cerne do delito em questão.*⁶ [grifos nossos].

³ STF. 2ª Turma. HC 86254/RS. Relator Min. Celso de Mello. Julgamento: 25/10/2005. DJ: 10/03/2006.

⁴ STF. 1ª Turma. HC 86047/SP. Relator Min. Sepúlveda Pertence. Julgamento: 04/10/2005. DJ: 18/11/2005.

⁵ TJ/DF. 4ª Turma Cível. HC 156978020098070000 DF 0015697-80.2009.807.0000. Relator Des. Fernando Habibe. Julgamento: 09/12/09. DJ: 17/12/09.

⁶ TJ/MG. Proc. nº 1.0000.07.465882-4/000(1). Relator Des. Alexandre Victor de Carvalho. Julgamento: 28/04/2009. DJ: 11/05/2009.



Tais julgados corroboram o que a doutrina majoritária já vinha tentando sedimentar. Como exemplos desse entendimento, passa-se a transcrever a opinião de dois doutrinadores renomados:

Inexiste desobediência se a norma extrapenal, civil ou administrativa, já comina uma sanção sem ressaltar sua cumulação com a imposta no art. 330 do CP. Significa que inexiste o delito se a desobediência prevista na lei especial já conduz a uma sanção civil ou administrativa, deixando a norma extrapenal de ressaltar o concurso de sanções (a penal, pelo delito de desobediência, e a extrapenal). Ex. de sanções cumuladas: CPC, art. 362. Exs. de sanções não cumuladas: infração a regulamento de trânsito, desobediência ao Código de Menores etc. Assim, a recusa de retirar o automóvel de local proibido, que configura infração ao CNT, não constitui crime de desobediência (JESUS, 2002, p. 219).

Se, pela desobediência de tal ou qual ordem oficial, alguma lei comina determinada penalidade administrativa ou civil, não se deverá reconhecer o crime em exame, salvo se a dita lei ressaltar expressamente a cumulativa aplicação do art. 330 (ex.: a testemunha faltosa, segundo o art. 219 do Cód. de Proc. Penal, está sujeita não só à prisão administrativa e pagamento das custas da diligência da intimação, como a processo penal por crime de desobediência). (Nelson Hungria apud GRECO, 2011, p. 492).

A impossibilidade dessa cumulação, que como exposto, vem sendo defendida pelos tribunais pátrios e pela doutrina majoritária pode ser justificada com base em dois princípios penais: princípio da intervenção mínima e princípio do *ne bis in idem*, os quais serão melhores detalhados nos tópicos seguintes.

4.1 Princípio da intervenção mínima

O princípio em tela constitui a maior marca do direito penal. Como a própria nomenclatura sugere, ele determina que a reprimenda penal intervenha de forma mínima na vida da sociedade, por isso também, chamado



de *ultima ratio*, cuja tradução significa última razão.

Essa intervenção mínima se explica pelo fato de que as sanções de natureza penal são as mais severas dentre todas as existentes no ordenamento jurídico, impondo grandes restrições aos direitos dos indivíduos, razão pela qual deve ser usada com bastante cautela, somente em situações extremas. Luiz Regis Prado aduz que este princípio (2010, p. 148):

Estabelece que o Direito Penal só deve atuar na defesa dos bens jurídicos imprescindíveis à coexistência pacífica dos homens e que não podem ser eficazmente protegidos de forma menos gravosa. Isso porque a sanção penal reveste-se de especial gravidade, acabando por impor as mais sérias restrições aos direitos fundamentais.

Sendo assim, a lição que fica é a de que as sanções dos outros ramos do direito devem ser priorizadas sempre que possível, enquanto as de natureza penal devem funcionar apenas como subsidiárias daquelas. Por exemplo, o direito administrativo oferece as multas como forma de punição quando transgredidas suas normas, o direito civil, por sua vez, impõe a reparação do dano causado, há ainda o direito do trabalho, com a imposição da correção das faltas cometidas, dentre outros. Com esses exemplos constata-se a gama de instrumentos jurídicos extrapenais que temos a nossa disposição para serem usados como meios coercitivos, antes de se lançar mão da *ultima ratio*.

No caso das obrigações de fazer/não fazer e de entrega de coisa não poderia ser diferente. As *astreintes*, como explanado acima, foram criadas justamente com o objetivo de compelir os devedores a cumprirem suas obrigações na forma específica, se revelando numa forma de desestímulo econômico ao descumprimento destas.

Logo, por constituir uma sanção menos gravosa à parte, deve ser preferida em detrimento das penas do delito de desobediência. Tendo o magistrado a opção da pena pecuniária, deve aplicá-la sempre que possível, abrindo mão, por conseguinte, da intervenção do direito penal.

4.2 Princípio do *ne bis in idem*

O termo latim em português quer dizer *proibição da dupla punição pelo mesmo fato*. Representa um limite imposto ao *ius puniendi* estatal, pois



impede que o agente de determinado crime seja obrigado a cumprir mais de uma pena, tendo cometido apenas um fato delituoso.

Cada ilícito penal possui uma única pena cominada em abstrato, que se fará devida quando consumado este. Havendo mais de um delito praticado pelo mesmo agente, ele se sujeitará as penas aplicadas em concurso de delitos, instrumento criado pelo direito penal para avaliar e aplicar de forma mais adequada as penas cabíveis nesses casos peculiares. Em respeito a esse princípio, exige-se ainda que determinado fato não seja contabilizado duas vezes no momento da dosagem da pena que obedece a três fases, nos termos do art. 59, do CP. Por exemplo, a circunstância que representa causa de aumento ou agravante não pode ser usada no momento da fixação da pena base, pois tal ato configuraria a dupla punição pelo mesmo fato.

A cumulação das *astreintes* com as penas do crime de desobediência constituem exatamente um exemplo do que está proibido pelo princípio do *ne bis in idem*. Basta que observemos mais detidamente a questão: se o réu, obrigado a cumprir determinada ordem judicial que lhe impõe uma obrigação de fazer, não fazer ou de entregar coisa, se sujeita a uma sanção pecuniária para a hipótese de seu descumprimento e, efetivamente descumpre tal ordem, ele fica obrigado a pagar referida multa imposta. Efetuando o pagamento, sua “pena” foi cumprida, significando que ele não deve mais nada à lei.

Qual seria a justificativa para se punir posteriormente o indivíduo pelo crime de desobediência sem que isso implicasse na dupla punição pelo mesmo fato? Só porque as duas sanções não são ambas de natureza penal? Essa explicação, por si só, não é suficiente. Acerca de sanções administrativas, mas utilizando-se de argumentos que podem ser igualmente empregados para as sanções civis, explica Luiz Regis Prado (2010, p. 160):

É oportuno salientar que a autoridade sancionadora penal e a administrativa integram o *ius puniendi* estatal geral, independentemente de se considerar a distinção entre ilícitos penais e administrativos como qualitativa ou meramente quantitativa. [...] Para logo, e na esteira da majoritária doutrina, tem-se que as diferenças estabelecidas entre um e outro ilícito são meramente quantitativas, sendo, pois, razoável a incidência do referido princípio.

A expressão do princípio *ne bis in idem*, nesse contexto, veda a dupla punição penal e administrativa pelo mesmo fato.



Por essa razão, os tribunais pátrios já vêm reconhecendo a atipicidade do crime de desobediência quando arbitrada multa anterior para a hipótese de descumprimento da ordem expedida. As duas espécies de sanções, mesmo que de naturezas distintas, não podem coexistir, pois haveria uma dupla punição pelo mesmo fato, algo proibido pelo direito brasileiro.

5 ALTERNATIVAS PARA OS OPERADORES DO DIREITO

Diante de tudo que foi exposto, em razão de alguns juízos de primeiro grau ainda tentarem cumular a sanção pecuniária e a sanção penal prevista para o crime do art. 330, do CP, surge a necessidade de se adequar a essa impossibilidade.

A doutrina explica que se determinada lei específica prevê para a desobediência penalidades extrapenais, não haverá configuração do crime em tela, *salvo se a própria lei ressaltar a aplicação conjunta das duas espécies de sanção*.

Pelo que acaba de ser dito, constata-se que apenas o legislativo teria esse condão, ao elaborar as leis com o conteúdo supracitado, não cabendo ao juiz, por ausência de competência legislativa, promover esse tipo de cumulação, como assim preleciona Cezar Roberto Bitencourt (2010, p. 205):

Solução idêntica ocorre com as *decisões judiciais* que cominem suas próprias sanções no âmbito do direito privado, como sói acontecer nas antecipações de tutela, liminares ou ações civis públicas, com apenas uma diferença: o Judiciário, ao cominar sanções civis ou administrativas, nesses casos, *não pode ressaltar a aplicação cumulativa da pena correspondente ao crime de desobediência*, por faltar-lhe legitimidade legislativa.

Sendo assim, resta ao magistrado e demais operadores do direito, sabendo que não haverá possibilidade de se socorrer das penas do delito de desobediência caso as *astreintes* não logrem êxito, escolher desde logo a sanção que deseja aplicar aos destinatários da ordem.

Se desconfiarem que as *astreintes* não serão suficientes para compelir os devedores a cumprirem com suas obrigações na forma específica, em razão do seu poderio econômico, por exemplo, ou porque já possuem um histórico



de inadimplência, deverão adverti-los que o eventual descumprimento da ordem resultará de imediato na configuração do crime de desobediência e, consequentemente, na necessidade de se responder a um processo penal.

Obviamente, que essa opção deverá ser escolhida com bastante cautela, já que é mais gravosa ao réu e pelo princípio da intervenção mínima só deverá ser usada em último caso. Mesmo sendo uma medida excepcional, é bastante eficiente e evitará que o magistrado fique de mãos atadas frente a devedores que ignoram a cominação das multas diárias.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como visto, o crime de desobediência é um importante instrumento à disposição dos magistrados para reforçar a necessidade de cumprimento das decisões judiciais. No entanto, não pode ser usado sempre e em quaisquer circunstâncias.

Se houver cominação de multa diária anterior, a conduta de descumprimento da ordem será atípica para o direito penal, pois a cumulação das duas espécies de sanção não é permitida pelo ordenamento jurídico brasileiro, de acordo com os posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais analisados. Ademais, essa cumulação representaria uma ofensa ao princípio do *ne bis in idem*.

Por isso, chama-se atenção dos operadores do direito nesse quesito, para que no momento em que forem escolher alguma forma de assegurar o cumprimento da tutela específica, tenham em mente que a opção pela multa diária excluirá as penas correspondentes ao delito de desobediência e vice-versa e que, portanto, devem ser cautelosos e buscar sempre o meio coercitivo mais eficaz para cada caso concreto.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal, 5:** parte especial: dos crimes contra a administração pública, dos crimes praticados por prefeitos. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**, volume 3, parte especial: dos crimes



contra a dignidade sexual a dos crimes contra a administração pública (arts. 213 a 359-H) 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DELMANTO, Celso et. al. **Código Penal Comentado**. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FUX, Luiz. **Curso de direito processual civil**, vol. 01: processo de conhecimento. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte especial**, volume IV. 7. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

_____. **Curso de direito penal: parte geral**, volume I. 11. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

JESUS, Damásio de. **Direito Penal Parte Especial**, vol. 4. 12. ed. [s.l.]: Saraiva, 2002

MIRABETE, Julio Fabbrini; MIRABETE, Renato N. **Manual de direito penal**, volume 03: parte especial, arts. 235 a 361 do CP. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MONTENEGRO FILHO, Misael. **Curso de direito processual civil**, volume 01: teoria geral do processo e processo de conhecimento. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2010

NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal: parte geral**, arts. 1º a 120. 9. ed.



São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**, volume I: Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. 52. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

INABILITY TO SET THE CRIME OF DISOBEDIENCE IN FACE OF ARBITRATION OF A DAILY FINE FOR THE FULFILLMENT OF SPECIFIC PROTECTION

ABSTRACT

This article aims to address the question still confused Brazilian legal scenario about the joint implementation of a daily fine, which aims to ensure compliance with the specific tutelage in the obligations to make, to not make and delivery, and penalties arising from the crime of disobedience, provided for in art. 330 of the Penal Code. After detailed study of each of the above institutes, as well as the presentation of positions of the main courts of the country and specializes in teaching the subject, come to the conclusion about the possibility or impossibility of cumulation, trying, finally, gives some suggestions for operators of the right, who deal daily with specific cases such.

Keywords: Daily fine. Crime of disobedience. Atypicality



O DIREITO PENAL COMO INSTRUMENTO POLÍTICO DE MANUTENÇÃO DO PODER

Caroline Caldas Correia

Acadêmica do 8º período do Curso de Direito da UFRN

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo analisar de forma crítica como o direito penal muitas vezes age de forma excludente e estigmatizante, contribuindo de forma peremptória para a manutenção do sistema. Para tanto, debruça-se sobre o papel da Mídia na formação da opinião pública, no fortalecimento do Direito Penal simbólico, sob a égide do movimento que apregoa o endurecimento das leis e o aumento da punição, além de analisar como os valores do sistema capitalista influenciam a tomada de decisões, atingindo sobremaneira as classes desfavorecidas do sistema social e econômico, resultando na superpopulação carcerária e na desumanidade na execução da pena. Por fim, analisa-se o porquê da impunidade referente aos crimes de colarinho branco e os grandes prejuízos que causam à população.

Palavras-chave: Sistema Penal Brasileiro. Controle Social. Seletividade. Poder.

1 INTRODUÇÃO

A criminalidade não deve ser defendida, de nenhuma forma. No entanto, nota-se que ela vem sendo tendenciosamente apresentada como a maior forma de violência, ou o aspecto principal desta. A mídia incute na população o medo, fazendo brotar nela os discursos de maior repressão penal, revelando apenas a face superficial do crime e deixando oculta a base do problema, que seria a violência cometida pelo sistema capitalista contra o povo.

O presente artigo busca fazer um exame crítico acerca da forma excludente através da qual o Direito Penal (e seu aparato) age, mostrando a necessidade de punição dos maiores criminosos (os responsáveis pela manutenção desse sistema de repressão e desigualdade) que geram enormes prejuízos à sociedade e restam impunes.

2 MEIOS DE COMUNICAÇÃO: SISTEMA PENAL E CONTROLE SOCIAL

Os meios de comunicação exercem uma influência significativa na sociedade, tendo em vista que, além da mera função comunicativa, exercem outro papel de difícil percepção pelos membros dessa sociedade, o de instrumento de controle social.¹

Esses meios possuem um importante papel ideológico no sistema, na medida em que justificam e estimulam discursos relativos à aplicação máxima do Direito Penal, além de serem instrumentos eficazes na criação de “monstros” (como se costuma chamar), infundindo medo e um clima de insegurança na população, que se esquece das mazelas do sistema punitivo brasileiro e dos direitos garantistas e fundamentais do suposto criminoso.

2.1 A mídia e a violência simbólica

Ainda nesse sentido, podemos dizer que a mídia cria um “espetáculo”,

¹ Norberto Bobbio, no verbete “controle social” traz sua definição: conjunto de meios e intervenção quer positivos, quer negativos, acionados por cada sociedade ou grupo social a fim de induzir os próprios membros a se conformarem às normas que a caracterizam, de impedir e desestimular os comportamentos contrários às mencionadas normas. (BOBBIO, MATTEUCI, PASQUINO, 1995, p.283)



principalmente em relação aos crimes cometidos de forma mais violenta, utilizando a curiosidade do ser humano (inerente à sua própria natureza). Torna-se válido ilustrar o tema com as lições de Shecaira (SHECAIRA, ano, p. 354):

Notícia sobre crime fascina a população desde há muitos séculos. Na Idade Média os bardos percorriam povoados difundindo seus romances, os quais, em sua maior parte, narravam histórias de assassinatos. As execuções eram públicas e se constituíam em um espetáculo em que se acendia a violência. O desaparecimento do suplicio, a partir do final do séc. XVIII e começo do XIX, a despeito de espetáculos dantescos ainda isolados, marca o fim da festa da punição que tanto fascinava as pessoas.

Dessa forma, a realidade acaba não sendo apreendida exatamente como é (através das próprias experiências e tirando-se uma conclusão por si mesmo), tendo em vista que os fatos sociais são vistos através da lente midiática que constrói a realidade, manipulando-a de forma a atender os interesses aos quais se pretende proteger, o que Zaffaroni (1991) chama de “fábrica da realidade”.

É importante destacar que o crime é um fenômeno que existe e sempre existiu em toda sociedade, sendo algo intrínseco a ela. O problema está no modo como esse fenômeno é explorado e o objetivo a que se pretende. Geralmente, explora-se os casos mais extremos de forma sensacionalista, moldando o pensamento das pessoas ao endurecimento do sistema penal e produzindo um discurso alarmista, em que o certo seria a busca da segurança jurídica através da inflação legislativa no âmbito criminal.

Acontece que muitas pessoas não percebem que esses meios de comunicação, especialmente a televisão, exercem outro tipo de violência que Pierre Bourdieu chama de “violência simbólica”. Os dominados de forma inconsciente assimilam os valores repassados a eles (pelas classes dominantes), tornando-se cúmplices do Sistema². De acordo com suas Lições:

² Zaffaroni afirma que as instâncias informais de controle social utilizam de mecanismos bastante sutis, entendendo que os meios de comunicação de massa induzem padrões de conduta sem que a população, em geral, perceba isso, como controle social, mas sim como formas de recreação (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2004).



[...] O mais importante consiste na influência que a televisão exerce sobre a totalidade do jornalismo e através dele, sobre o conjunto da produção cultural. A lógica do comércio, simbolizada pelos índices de audiência, do sucesso comercial, da venda e do marketing, como meio específico para atingir esses fins puramente temporais, impôs-se em primeiro lugar ao campo filosófico, com os “novos filósofos”, e ao campo literário com os grandes best sellers internacionais e o que Pascale Casanova chamou de world fiction, ou seja, em especial os romances acadêmicos à David Lodge ou Umberto Eco; mas ela atingiu também o campo jurídico; com os processos sensacionalistas arbitrados pela mídia, e no próprio campo científico, com a intrusão da notoriedade jornalística na avaliação dos cientistas e das suas obras [...]³

2.2 A criação de estereótipos

Uma das manifestações dessa violência é o processo de esteriotipização do criminoso. Não podemos olvidar que a maior parte da população carcerária constitui-se de negros e pobres (por que será?), haja vista que são os mais suscetíveis e vulneráveis à chancela do Estado e, mais particularmente, à sua ferramenta, o Sistema Penal.

Essas pessoas têm em comum o estereótipo do criminoso erigido socialmente, em face de um enfoque excludente e seletivo, que reproduz o preconceito em relação às parcelas menos favorecidas da população.

Nesse sentido, a função real do sistema penal não seria a de combater a criminalidade, mas, ocultamente, conferir o rótulo de criminoso à parcela marginalizada da sociedade. Daí porque podemos dizer que a “justiça criminal” é mais ágil a condenar aquelas pessoas mais estigmatizadas, sob o argumento da periculosidade de tal sujeito, *a contrario sensu* a utilização de brechas na lei para deixar impune aqueles que detêm dinheiro e poder.

Constata-se dessa forma, que o sujeito considerado delituoso

³ entrevista publicada na Folha de São de Paulo de 07 de fevereiro de 1999, Pierre Bourdieu discorre acerca das ideias lançadas em sua obra “Sobre a Televisão” (1997)



é aquele que não se encaixa nos padrões sociais do sistema capitalista. Além disso, os meios de comunicação utilizam-se de avaliações simplistas e maniqueístas, através das quais dividem as pessoas entre boas e más, dessa forma, reafirmando o consenso para determinar quem está dentro dele e quem está fora, como ensina Ramirez (1983).

3 DIREITO PENAL E CAPITALISMO

Segundo Marx, o capitalismo basicamente caracteriza-se pelo conflito entre duas classes: de um lado os detentores dos meios de produção e do outro o proletariado que, por não ser possuidor desses meios, acaba por vender a única coisa que eles possuem - “a força de trabalho”.

O modo de produção capitalista estratifica a esfera social e acentua a desigualdade social. Desse modo, Marx explica que o Direito Penal e a organização do Estado estruturam-se a fim de manter esse modelo e, dessa forma, devem ser reformados.

3.1 Ideologia capitalista no Sistema Punitivo Estatal

O direito em si (com destaque para o Direito Penal) possui intrinsecamente uma ideologia que se exterioriza através dos discursos confeccionados pela classe dominantes, servindo como um instrumento para legitimar e reproduzir essa desigualdade entre as classes. A igualdade formal da lei em relação aos indivíduos se sobrepõe à igualdade material que deveria existir.

Weber (1944) em sua obra afirma que “o direito formal racional” é um produto da sociedade capitalista moderna que atua como um agente formador dessa sociedade, possibilitando a perpetuação de determinadas crenças e valores. Destaca ainda que o direito formal possibilita, mas não garante, uma maior parcialidade nas decisões judiciais. Weber ainda discorre acerca da possibilidade de imparcialidade e de decisões fundamentadas em fatores éticos, políticos e subjetivos.

Ou seja, o Direito Penal e seus agentes atuam (mesmo que de modo involuntário) de acordo com os valores e crenças que vigoram na sociedade, funcionando como instrumentos de manutenção do sistema.

Para corroborar com esse entendimento, há de se destacar o modo com que o Código Penal aborda os delitos e a forma como se privilegia os crimes contra o patrimônio tanto na pena como na sua punição. Nesse assunto,



é interessante citar o que diz um Juiz atuante em Natal:

A impunidade nos crimes dolosos contra a vida no Brasil é gritante. Somente na Zona Norte de Natal, onde atuo, há 300 homicídios impunes. Muitos desses inquéritos há mais de dez anos sem conclusão. De outro lado, a prática que vejo é de atuação focada nos crimes contra o patrimônio, em não raros casos, situações até pitorescas, cuja atipicidade já está há muito pacificada nos tribunais superiores. Só para exemplificar, nos últimos tempos rejeitei denúncias ou absolvi sumariamente (extemporaneamente ou não) acusados em casos que tratavam de fatos como esses:

1. Furto de 02 latas de leite em pó no valor de R\$ 15,98 – bens restituídos
2. Furto tentado de dezessete calcinhas no valor individual de R\$ 2,99 – bens restituídos;
3. Furto de uma galinha, quatro câmaras de ar, dois aros de bicicleta e um pneu de bicicleta (galinha e bens devolvidos)
4. Furto mediante escalada de cinco cartões bancários (devolvidos)
5. Furto tentado de 22 barras de chocolate, num valor venal de R\$ 98,50 – bens restituídos;
6. Furto tentado de dois quilos de carne de charque e uma lata de azeite de oliva, avaliados em R\$ 42,90
7. Porte ilegal de uma munição percutida e não deflagrada
8. Porte ilegal de uma munição .380, um coldre e um carregador vazio
9. Porte ilegal de três munições .38
10. Receptação de um *chip* de celular e suspeita de mais oito
11. Dano qualificado pelo amasso de um portão de um posto de saúde;
12. Dano qualificado – arranhão em um orelhão da Oi;
13. Dano qualificado – acusado que tentou fugir de cela superlotada;
14. Tentativa de furto de 5 desodorantes e um esmalte;
15. Tentativa de furto de R\$ 37,00;
16. Furto qualificado tentado, pois o acusado foi encontrado dormindo embaixo de uma das mesas do



salão, agarrado a um saco preto onde se encontravam duas garrafas de uísque, uma da marca Teacher e outra da Bells. O conteúdo “subtraído” (leia-se “tomado”) foi avaliado em R\$ 50,00;

17. Furto tentado de um botijão de água mineral vazio (o acusado apanhou da vítima, uma jovem senhora);

18. Furto tentado de 10 frascos de desodorante, no valor total de R\$ 89,90, das Lojas Americanas.⁴

Em face dessa e outras informações, me pergunto: qual seria o critério com que o Código seleciona os crimes que seriam considerados os mais lesivos à sociedade? A vida não seria o bem jurídico mais importante a se tutelar?

Analisando alguns crimes, podemos perceber ainda que, se um indivíduo fere a integridade corporal ou a saúde de terceiro cumpre uma pena de detenção de 3 (três) meses a 1 (um) ano (art. 129 do Código Penal), enquanto àquele que subtrai para si ou para outrem coisa alheia móvel (art. 155 do CP) é aplicada uma pena de reclusão de 1 (um) a 4 (quatro) anos e multa, o que nos mostra o caráter patrimonialista do Código Penal.

3.2 A seletividade do Direito Penal

Claus OFFE (1984, p. 122-123) afirma em sua obra, de forma bem resumida, que em face da intervenção penal ser uma ação estatal, atua consequentemente de forma seletiva e oculta. O Crime, sendo uma ação contrária aos interesses capitalistas, acaba por ter como resposta oficial a repressão.

Acontece que o interesse capitalista encontra-se presente nos aparatos penais e no discurso oficial de política criminal. O sistema penal age com a função de manter as desigualdades, aplicando a pena de acordo a função que o sujeito exerce dentro do sistema. Caso não atenda aos seus interesses, será colocado em alojamentos deploráveis, onde terá sua dignidade e seus direitos fundamentais frequentemente violados.

Essa seletividade penal é legalmente legitimada, justificando

⁴ Informação obtida em no endereço eletrônico < <http://www.rosivaldotoscano.com/2011/06/o-direito-penal-do-amigo-do-poder.html> >



a realização de um controle penal diferenciado sob a égide do discurso preventivo e retributivo. É cediço que o Sistema Penal brasileiro não atua de forma efetiva para os fins a que se pretende pelo seu discurso oficial, mas exerce uma política bem sucedida de segregação, definida pelos interesses capitalistas.

Sobre isso, Zaffaroni (1991) explica que o sistema penal está de forma estrutural arquitetado para que a legalidade do processo exerça seu poder com altíssimo grau de arbitrariedade seletiva dirigida, naturalmente, aos setores vulneráveis e essa seletividade acaba levando a uma deslegitimação do sistema penal, ainda mais quando se percebe que o seu método de agir, além de seletivo e estigmatizante, é extremamente violento.

Seguindo esse raciocínio, é importante dizer que o crime gera lucros a uma parcela da população que Nill Christie chama de “indústria do controle do crime”, a qual fornece lucro, alimentando, assim, o capitalismo na mesma medida em que atua como instrumento de controle sobre aqueles que possam de alguma forma perturbar o sistema.

Uma parte disso pode ser percebida considerando os produtos e serviços que são oferecidos como alternativas ou soluções ao problema da criminalidade, como por exemplo, as tornozeleiras eletrônicas, a expansão do mercado de segurança privada e os discursos de privatizações das prisões. Medidas que atuam apenas de forma superficial e não na base do problema e que, pior, alimentam ainda mais a situação de segregação social, estigmatização e manutenção das desigualdades.

Na verdade, o Estado esquece-se do seu maior papel, que é a defesa dos hipossuficientes e a efetivação dos direitos fundamentais e das garantias constitucionais. Esse mesmo Estado deveria, em verdade, ser o garantidor desses direitos e buscar políticas alternativas de combate ao crime e à pobreza, porém acaba contribuindo para que essa desigualdade se perpetue e a parcela miserável da sociedade acabe cada vez mais sofrendo e sendo “castigada” por ele.

4 TRATAMENTO DIFERENCIADO PARA OS CRIMES DE COLARINHO BRANCO

Dentro do contexto de manutenção do sistema, existem algumas condutas que, apesar de mais lesivas, são toleradas e não muito punidas pelo Direito Penal, que são os crimes de colarinho branco, praticados pelas camadas mais abastadas da sociedade.



Esses crimes são mais tolerados, na medida em que praticados pela camada da sociedade detentora do poder econômico, político e até mesmo intelectual, inferindo suas ideologias no Direito penal e seus instrumentos, exercendo o controle dos inúmeros meios de controle social.

Porém, mesmo que esses atos estejam tipificados como crimes, não possuem uma efetividade na punição desses agentes, haja vista que, somente operam com seu caráter simbólico, para dar uma falsa impressão de que não há impunidade em relação a esses delitos.

Além disso, os crimes mais visíveis são aqueles cometidos pelas classes mais baixas, em lugares geralmente abertos. A polícia e a notícia têm mais acesso a locais frequentados pela população de classe mais baixa, e por isso, as condutas são mais vistas.

Por essas e outras razões, o criminoso de colarinho branco é privilegiado no julgamento e na aplicação da pena. Eles não possuem o estereótipo corrente do dito “delinquente”, sendo indivíduos detentores de boas condições sociais e econômicas, com influência sobre as instâncias formais e materiais de poder, ou integrantes da própria elite política. Além desses pormenores, não se utilizam de violência imediata nas práticas criminosas, embora causem violências graves e concretas na sociedade.

É em face desses estereótipos criados na sociedade e da ausência de violência imediata, que os que cometem esses crimes normalmente não são vistos como os maiores criminosos pela cultura popular, exercendo influência negativa mesmo que de forma também na atuação da polícia.

Desse modo, os agentes policiais selecionam (ainda que de forma inconsciente), normalmente, essas pessoas “etiquetadas” para receber uma reprimenda do Estado. E boa parte dos aplicadores do direito, muitas vezes, acaba também sofrendo essa influência, haja vista que, em face de oportunidade ou de política criminal, veem-se em muitas ocasiões impelidos a aplicar a pena de prisão aos criminosos de colarinho branco. Cláudia Santos (SANTOS, 1999, p. 243) alerta:

Mesmo nos casos em que a notícia do crime do colarinho branco chega ao conhecimento da polícia, pode não se verificar o empenho necessário à conveniente *investigação*. A complexidade das infracções, os custos da investigação e, sobretudo, a valoração feita pela própria polícia quanto à menor gravidade da conduta são desincentivadoras de uma intervenção



efectiva. E é neste momento que funcionam os próprios preconceitos dos policiais: numa conjuntura de insuficiência dos recursos face ao número de casos a investigar, há que fazer escolhas; as representações dominantes sobre os crimes mais perniciosos para a comunidade e sobre os agentes mais perigosos levarão, na maioria dos casos, a um centrar das atenções nos crimes comuns que têm maior visibilidade.

Assim, a precária punição em relação aos crimes de colarinho branco deve ser vista como um fenómeno social. Aqueles que se encontram no poder (pessoas influentes e das classes altas) atuam desestimulando a criação de leis penais que venham a lesar seus próprios interesses. Além disso, na etapa de aplicação da lei, acabam não sendo eleitos como prioridade para a perseguição policial e, quando raramente recebem a atenção do sistema penal, são favorecidos pela legislação em geral, além de serem processados e julgados por agentes que se identificam ou se aproximam de sua classe social.

5 CONCLUSÕES

Nota-se, diante dessas reflexões, que o Sistema Penal é seletivo e desigual e, dessa forma, acaba funcionando como um instrumento político de manutenção de poder. A realidade desse sistema mostra de maneira evidente como todo o aparato punitivo estatal age segregando o homem, ferindo seus direitos fundamentais e posteriormente inserindo-o em uma sociedade na qual imperam a violência, a delinquência, a revolta e o estigma.

Desse modo, liga-se retoricamente a criminalidade à violência e esta à pobreza e à miséria. O direito penal age para o combate da criminalidade (violenta), aparelhando-se com inflação legislativa, penas mais severas e supressão de garantias. Por outro lado, os crimes de colarinho branco experimentam tendências de impunidade.

Por essas e outras razões, devemos repensar a maneira como o Direito Penal opera, buscando a garantia do respeito aos direitos fundamentais de todos e à igualdade na punição.



REFERÊNCIAS

BARATA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2002.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. 8.ed. Brasília: UNB, 1995.

FRANCO, Rodrigo Strini. Criminalidade do colarinho branco como fonte de desigualdade no controle penal. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 65, 1 maio 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/4042>>. Acesso em 4 maio 2012.

OFFE, Claus. **Problemas estruturais do Estado Capitalista**. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1984.

SANTOS, Cláudia Cruz. **O crime de colarinho branco** (da origem do conceito e sua relevância criminológica à questão da desigualdade na administração da Justiça penal), p. 243, Faculdade de Direito de Coimbra, 1999.

SHECAIRA. Sérgio Salomão. **Mídia e Crime**, *In*: Estudos Criminais em Homenagem a Evandro Lins e Silva. São Paulo : Método, 2001.

VERAS, Ryanna Pala. **Nova criminologia e os crimes de colarinho branco**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: A perda de legitimidade do sistema penal**. Rio de Janeiro: Revan, 1991.



**CRIMINAL LAW AS A POLITICAL TOOL OF
POWER MAINTENANCE****ABSTRACT**

This present work objects a critic analysis about how criminal law acts exclusionary and stigmatizing, contributing adamantly in system's maintaining. For that, focuses on the media's role of shaping public opinion, strengthening the criminal law symbolic, by the movement in which establish hardening laws and increased punishment, also analyzes the way how the capitalism's values influences the decision making, greatly affecting the underprivileged social classes of the social and economic system, resulting in overcrowded prison system and inhumanity sentence execution. Finally, analyzes why the impunity in white-collar crimes and great harm caused to population.

Keywords: Brazilian Penal System. Social Control. selectivity. Power.



O INFRUTÍFERO DISSENSO SOBRE A RECEPÇÃO DO MODELO DE CONCESSÃO DA GRATUIDADE JUDICIÁRIA

Víctor Marinho Fernandes de Freitas

Acadêmico do 5º período do Curso de Direito da UFRN

Membro do Projeto Cine Legis

Paulo Renato Guedes Bezerra

Professor-orientador

RESUMO

Enquanto o art. 4º da Lei 1.060/50 dispõe que a parte gozará da gratuidade judiciária mediante a simples afirmação da condição de necessitado, o art. 5º, LXXIV, da Carta Magna de 1988 aduz que o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos. A aparente dissonância entre os dispositivos fez com que vozes jurisprudenciais ecoassem após a promulgação da Lei Maior no sentido de alijar a aplicação do modelo de concessão da justiça gratuita, por derogado, e condicionar o seu gozo à comprovação explícita da condição de hipossuficiência econômica, influenciando ainda hoje na prática de alguns poucos magistrados e tribunais. Esta interpretação arrepia a evolução engajada pelo legislador durante trinta e oito anos com arrimo no amplo e irrestrito acesso à justiça. Por isso, o presente trabalho pretende analisar a questão em tela por um prisma até então pouco utilizado pela doutrina: a eficácia contida da norma constitucional do inciso LXXIV do art. 5º. Nesse mister, a sistemática da Lei 1.060/50 regulamenta

e amplia o direito fundamental à gratuidade de justiça em âmbito infraconstitucional, sendo recepcionada pela Lei Ápice.

Palavras-chave: Carta Magna. Assistência jurídica. Dissonância. Modelo de concessão. Justiça gratuita. Lei 1.060/50. Recepcionada.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O instituto da gratuidade judiciária ou justiça gratuita, como é mais conhecido, pode ser genericamente definido como a isenção temporária¹, total ou parcial, de qualquer parte da relação processual, desde que necessitada para os fins legais, no que tange ao pagamento da taxa referente às custas judiciais e das despesas imprescindíveis à realização dos atos do processo nos planos judicial ou extrajudicial².

Tendo em mira sua importância singular na seara processual brasileira como uma verdadeira “enzima” concretizadora de direitos materiais dos hipossuficientes, e a premente necessidade de regulamentação geral de seu trâmite de concessão à época, o legislador ordinário, cumprindo esta missão, tratou de editar a Lei 1.060/50 (Lei de Assistência Judiciária – LAJ), a qual, há sessenta e dois anos e através de várias reformas, em que pese a ação implacável do tempo, vem desempenhando maestricamente o papel de alicerce do direito à gratuidade judiciária em âmbito infraconstitucional, contribuindo tanto para a sua ereção a direito público subjetivo pela Carta Magna de 1988, quanto para a sua atuação como um dos baluartes do acesso à justiça material e da isonomia substancial entre os litigantes.

Nesse pórtico, a partir de um infeliz dissenso jurisprudencial e malgrado as opiniões em contrário, este ensaio, através do exame de

¹ O beneficiário fica obrigado a pagar as despesas das quais ficou isento pelo prazo de cinco anos, a contar da sentença final, desde que possa fazê-lo, sob pena de prescrição da obrigação (art. 12 da Lei 1.060/50).

² O art. 3º e seus respectivos incisos da Lei 1.060/50 definem, de forma mais específica, porém *numerus apertus*, a abrangência da isenção a que faz jus o necessitado beneficiário da gratuidade judiciária.



dispositivos legais e da utilização de critérios hermenêuticos idôneos, possui como alvo a demonstração da compatibilidade entre os requisitos material e formal indispensáveis à concessão da gratuidade de justiça no processo brasileiro e a ordem constitucional vigente, sendo por esta recepcionados.

2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA

De uma breve investigação histórica, repara-se que o Estado brasileiro, quando o fez, isentou do pagamento das custas judiciais e despesas processuais (*lato sensu*) tão somente os necessitados que comprovassem seu estado de pobreza. A hipossuficiência financeira da parte litigante sempre foi o requisito material à concessão da benesse. O modo de comprovação dessa condição, requisito formal para tanto, é que vem evoluindo com o passar do tempo.

Sob a vigência do CPC/39³, a concessão da gratuidade judiciária se dava após requerimento ao juiz competente, devendo a parte interessada informar, na petição em que pleiteava o benefício⁴, seus rendimentos ou vencimentos e os encargos pessoais e de sua família (art. 72). Deveria acompanhar a solicitação do atestado de pobreza expedido pelo serviço de assistência social, onde houvesse, ou pela autoridade policial do distrito ou circunscrição em que residisse o solicitante, independentemente de selos ou emolumentos (art. 74). Esse mecanismo praticamente permaneceu inalterado com a entrada em vigor da Lei 1.060/50⁵. A única modificação, *a priori*, foi que o atestado de pobreza não mais seria emitido pelo serviço de assistência social, ficando disso incumbido, para além da autoridade policial, o prefeito

³ Andou bem o legislador de 1939 em traçar as primeiras linhas do trâmite de concessão da gratuidade judiciária, uma vez que a Constituição autoritária de 1937 não renovou o mandamento contido na Carta Magna de 1934, cujo art. 113, nº 32, preconizava: “A União e os Estados concederão aos necessitados a assistência judiciária, criando, para esse efeito, órgãos especiais, e assegurando a isenção de emolumentos, custas, taxas e selos”.

⁴ Segundo Rogério Nunes de Oliveira (2006, p. 124), em face da jurisprudência da época e, por incrível que pareça, esta petição era autuada em apartado e deflagrava um processo incidente e autônomo em relação ao qual a gratuidade judiciária era postulada, com o intuito irrisório de apurar as condições financeiras do interessado.

⁵ Elaborada sob o auspício da Carta Magna de 1946, cujo art. 141, § 35, dispunha: “O poder público, na forma que a lei estabelecer, concederá assistência judiciária aos necessitados”.



do município (art. 4º, § 1º)⁶.

Num primeiro passo à frente, a Lei 6.654/79, acrescentando o § 3º ao art. 4º da LAJ, dispôs que para fins de concessão da justiça gratuita, a apresentação da carteira de trabalho e previdência social da parte interessada substituiu os atestados de que tratava o § 1º suso mencionados. Num segundo, a Lei 6.707/79, reformando o § 1º do art. 4º, previu que seria dispensado o atestado de pobreza emitido pelas autoridades legais quando o postulante acostasse à petição cópia de contrato de trabalho comprobatório de que recebia salário igual ou inferior ao dobro do mínimo legal regional. Num terceiro, a Lei 7.115/83, orientada pelos ideais progressistas do Programa Nacional de Desburocratização, passou a revestir de veracidade relativa qualquer declaração destinada a atestar estado de pobreza feita pelo reclamante da justiça gratuita ou por seu procurador bastante, sob pena de sua responsabilidade civil, administrativa e criminal se comprovadamente falsa (arts. 1º, 2º e 3º).

Finalmente, consolidando a propensão evolucionista do legislador, a Lei 7.510/86 instituiu o modelo hodierno de concessão da gratuidade judiciária no *caput* do art. 4º da LAJ. Doravante, o benefício seria concedido aos necessitados (autor ou réu) que afirmassem, a qualquer tempo, sua condição de hipossuficiência econômica nos próprios autos do processo⁷.

3 JUSTIÇA GRATUITA, ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA E ASSISTÊNCIA JURÍDICA

Embora os institutos da justiça gratuita, assistência judiciária e assistência jurídica possuam nomenclaturas semelhantes, não raro causando confusão no momento de seus empregos por parte do próprio legislador⁸,

⁶ Note, leitor, que em flagrante desrespeito à sua dignidade, o necessitado carregava consigo o fardo do extremo constrangimento, evidenciado pelo contratempo que tinha de procurar a autoridade competente, para que esta, muitas vezes por uma troca de favores ou sob condições humilhantes, declarasse-o miserável.

⁷ Com vistas no Anteprojeto do Novo CPC, importante registrar em paralelo que o estatuto processual vindouro provavelmente disporá no seu art. 85 e respectivos parágrafos sobre o direito à gratuidade de justiça, remetendo o seu gozo aos insuficientes de recursos “na forma da lei”, de modo a suprir a omissão do CPC/73 e a preservar o sistema atual com a continuidade de atuação da Lei 1.060/50.

⁸ É o caso dos arts. 3º e 4º da Lei 1.060/50, cujos *caputs*, embora enunciem tratar da assistência judiciária, cuidam na verdade da gratuidade judiciária. No mesmo passo mostra-se a própria



não há de se estabelecer uma sinonímia entre eles.

Consubstancia-se a justiça gratuita numa postura concomitantemente passiva e ativa do Estado, na medida em que, deixando de recolher do hipossuficiente as custas judiciais e conferindo gratuidade às despesas dos atos processuais indispensáveis à defesa de seus direitos, arca com seu ônus. A assistência judiciária, por sua vez, é o patrocínio gratuito de demanda judicial por patrono público, como no caso do defensor, ou particular, *v.g.*, advogados militantes e núcleos de prática jurídica das universidades. Já a assistência jurídica compreende, para além da gratuidade e assistência judiciárias, todo e qualquer serviço jurídico que não atrelado diretamente ao Poder Judiciário no curso do processo, podendo assim ser entendida, por exemplo, a consultoria jurídica.

Neste diapasão, esclarecedora é a cátedra de Rogério Nunes de Oliveira (2006, p. 74) ao estabelecer uma taxionomia entre os referidos institutos. Para ele, e é verdade, “assistência jurídica gratuita é gênero, que tem como espécies derivadas a consultoria jurídica, a assistência judiciária e a gratuidade de justiça”. Consequentemente, embora compartilhem o mesmo gênero, sendo institutos distintos, o deferimento de um independe do deferimento do outro. Esta distinção, somada com a evolução do sistema da assistência judiciária no Brasil para a prestação autônoma com as Defensorias Públicas, são as razões primordiais de não mais se conceber a representação por advogado particular como prova da suficiência de recursos a ser utilizada contra o postulante da gratuidade judiciária, sobrepujando-se à estéril interpretação literal do *caput* do art. 4º da LAJ, que aparentemente denota que a parte gozará do benefício se declarar não estar em condições de arcar com as custas do processo e, simultaneamente, com os honorários advocatícios. Inobstante, sendo a assistência jurídica integral e gratuita um direito constitucional disponível que engloba tanto a gratuidade quanto a assistência judiciárias, nada impede que o reclamante, desprovido de incongruências, pugne por apenas um destes benefícios. Até mesmo porque, diria Barbosa Moreira (1994, p. 58), é antijurídico impormos “o dilema tudo ou nada” a um direito disponível⁹.

nomenclatura da Lei 1.060/50, que deveria se chamar Lei da Gratuidade Judiciária ao invés de Lei da Assistência Judiciária.

⁹Poderíamos discorrer mais sobre o assunto, mas para não se desviar do cerne de nossa proposta, por ora basta sabermos que, felizmente, a maioria de nossos juízes e tribunais tem sabido



4 A JUSTIÇA GRATUITA E A CONSTITUIÇÃO DE 1988

Como não poderia ser de outra forma, a justiça gratuita está intimamente ligada à Constituição de 1988. Sendo espécie da assistência jurídica integral e gratuita (art. 5º, LXXIV), ostenta o status de direito fundamental. Não obstante, essa relação ainda vai além. Parte de sua essência consiste numa “conexão principiológica ativa”. É dizer, ao passo em que atua como um dos sustentáculos do acesso à justiça e da isonomia em suas acepções substanciais, destes retira sua *ratio essendi*. Mas o que viriam a ser as acepções substanciais destes princípios? Que papel teria a justiça gratuita nesta nuance? Em suma, vejamos.

4.1 Acesso à justiça

Encartado no art. 5º, XXXV, da CF está o famigerado princípio da inafastabilidade de jurisdição ou do acesso à justiça formal, *ipsis verbis*: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Sua redação mendicante descreve uma postura estatal típica do Estado de Direito do séc. XVIII, incutindo como suficiente à apreciação pelo Poder Judiciário de lesão ou ameaça a direito sua simples omissão ao não legislar em sentido contrário. Todavia, há de se convir que existem muitos obstáculos sociais¹⁰ que obstam a efetividade do direito fundamental de ação com a simples passividade do Estado. Nesse mister, a inércia do Poder Público passa longe, à guisa de necessitar de uma postura ativa, pois há um abismo inexpugnável entre o “não excluirá” e o “propiciará”.

Dito isto, devemos entender o princípio em comento consoante o Estado Democrático de Direito de nosso tempo, sob a ótica do cidadão, não do Estado, o que nos conduziria a uma abrangente interpretação do dispositivo constitucional para chegarmos ao verdadeiro acesso à justiça, de cunho material, marcado por uma busca estatal em propiciar aos cidadãos a provocação do Poder Judiciário à tutela de seus direitos através de uma

repelir a tese da incompatibilidade entre o benefício da justiça gratuita e a escolha pessoal de advogado pelo beneficiário.

¹⁰ Por exemplo: deficiência de instrução e baixo índice de politização da população, estado de miserabilidade absoluta ou hipossuficiência econômica grave de parte dela, reduzido poder de mobilização e organização sociais, a duração do processo, as formas de tutela jurisdicional, a descrença e o medo do Poder Judiciário etc.



ordem jurídica justa e igualitária (GIANNAKOS, 2008, p. 16-17). Assim, visto que as despesas de um processo chegam a selecionar aqueles que têm recursos financeiros para com elas arcar, impedindo a recorrência de boa parte da população brasileira ao amparo jurisdicional por razões meramente econômicas¹¹, sendo “o mais óbvio obstáculo para um efetivo acesso à justiça” na dicção de Luiz Guilherme Marinoni (2008, p. 186), a gratuidade judiciária identifica-se, grosso modo, como uma “mola propulsora” do acesso à justiça material.

4.2 Isonomia

Também regulamenta formalmente a CF o princípio da isonomia, quando preconiza que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza” (art. 5º, *caput*). O preceito exaure o mandamento abstrato de que a lei tratará a todos igualmente, independentemente de suas discrepâncias. Então, logicamente, ela também deve tratar os litigantes de uma relação processual de modo isonômico, certo? Em tese, sim. Mas sucede que esse é mais um caso em que se aplica o velho e sempre atual adágio de que “toda regra tem sua exceção”. Ora, se é comum as partes de um processo ostentarem condições financeiras deveras díspares e se a prática nos mostra que a parte que goza de maior privilégio econômico está predisposta a triunfar no resultado da lide, seria idôneo a lei processual permanecer inerte diante desse quadro? Lógico que não.

Este é mais um motivo que reforça a tese de que a lei processual deve estar atenta à igualdade em sua amplitude material. Porém, o que viria a ser a materialidade da isonomia aplicada ao processo a partir das condições financeiras díspares das partes? Simples: seria a lei processual tratar igualmente tão somente aqueles que se mostrem numa relação de paridade socioeconômica. Aos que não, os trataria desigualmente, na exata medida de suas desigualdades, com o escopo de se estabelecer uma igualdade substancial. Nesta senda é que atua a justiça gratuita, pois, ao afastar do ônus das despesas processuais os economicamente hipossuficientes, tratando-os desigualmente, a eles propicia a paridade de armas na participação do processo

¹¹ Barbosa Moreira (1994, p. 57) nos indaga: “a que ficará reduzido o direito da pessoa que, sentindo-se lesada ou ameaçada, queira reclamar da Justiça a correspondente proteção, mas não pode arcar com a franquia financeira da máquina judiciária?” Fica a reflexão.



de convencimento do magistrado, consignando uma genuína relação de igualdade entre os litigantes e ensejando um provimento jurisdicional mais justo¹².

5 REQUISITOS DA CONCESSÃO

5.1 Requisito Material

O requisito material à concessão da justiça gratuita nasce da interpretação conjunta de dois conceitos jurídicos indeterminados. O primeiro deles trata-se da “insuficiência de recursos” (art. 5º, LXXIV, CF), e o segundo consubstancia-se na expressão “sem prejuízo do sustento próprio ou da família” (art. 2º, parágrafo único, Lei 1.060/50).

A nosso siso, a expressão “insuficiência de recursos” pretende remeter o intérprete constitucional ao carente de recursos financeiros para arcar com as custas de uma assistência jurídica. Sucede que a interpretação daquela dicção esbarra em outra: a carência de recursos financeiros, que à primeira vista pode nos reportar, grosso modo, àquele que se encontra em estado de miserabilidade ou ao pobre. Mas será que pretendeu o constituinte de 1988 restringir a esse ponto o direito à gratuidade judiciária? Acreditamos que não. Diante dessa indefinição, instaria uma regulamentação infraconstitucional com o fito de melhor esclarecer quem seriam os carentes de recursos financeiros se já não estivesse isto delineado justamente na LAJ, através da figura do “necessitado” (art. 2º, parágrafo único).

Considera-se necessitado aquele que possui uma situação econômica que não lhe permita pagar as despesas do processo sem prejuízo do seu sustento ou de sua família. Trata-se de critério subjetivo formulado intencionalmente pelo legislador para propiciar a avaliação casuística da condição financeira de cada postulante e alcançar, assim, (in)deferimentos mais circunspectos dos pedidos de justiça gratuita, já que a adoção de um critério tarifário fixo poderia ensejar injustiças àqueles que possuem gastos elevados

¹² Por isso, não é à toa que perfilha Francisco Glauber Pessoa Alves (apud DOMINGUES FILHO, 2009, p. 381) que “se existe um diploma normativo infraconstitucional no nosso direito que por excelência materializa a busca da igualdade entre os litigantes judiciais, sem dúvida é a Lei n.º 1.060/50”.



apesar de remunerações razoáveis. Todavia, não nos furtamos de denunciar que esse critério cuidadosamente escolhido pelo legislador infelizmente vem se submetendo às imprudências de alguns poucos magistrados tanto no momento de seu reconhecimento, quanto da valoração da expressão “sem prejuízo do sustento próprio ou da família”¹³. Por isso, subscrevemos a pertinente interpretação de Rogério Nunes de Oliveira (2006, p. 108), digna de transcrição:

Como prejuízo do sustento próprio ou da própria família deve-se compreender a situação fática em que a pessoa se vê na contingência de privar a si ou à sua família dos recursos necessários à sua manutenção digna, a fim de direcioná-los para o pagamento das despesas exigidas para a proteção ou satisfação de um direito.

Desta sorte, nota-se que o conceito de necessitado independe dos rendimentos ou vencimentos que percebam o indivíduo, pois deve ser examinado em ponderação às despesas a que este está obrigado, aplicando-se o princípio da proporcionalidade. Para que se amolde àquela figura, basta uma situação financeira de dificuldade ou de limite, de modo que o desvio de recurso para o pagamento das despesas processuais prejudicaria a sobrevivência digna de sua família ou de si próprio dentro dos padrões comuns, excluindo-se qualquer forma de luxúria. Logo, será necessitado nos termos da Lei 1.060/50 e, portanto, fará jus à gratuidade judiciária, aquele que não dispor de recursos extras para financiar as despesas processuais, não precisando ser indigente ou miserável para ser merecedor do benefício.

5.2 Requisito Formal

Mais simples, sendo instituto processual de natureza probatória,

¹³ Permissa venia, a prática desaprovada de alguns poucos magistrados de fixarem critérios objetivos rígidos para efeitos de concessão da justiça gratuita em seus próprios gabinetes cinge-se num comportamento manifestamente contra legem, pois desconsidera levemente o critério subjetivo pensado e fixado pelo legislador. Não obstante, vale pontuar também que outros, num desfavor à causa do acesso à justiça, não têm se mostrado capazes de se transportarem para a realidade fática do postulante do benefício com a devida lisura e cuidado para avaliar se realmente as despesas do processo irão afetar o seu sustento ou de sua família, acarretando muitas vezes o indeferimento despótico do pedido.



o requisito formal para o gozo da justiça gratuita está encartado no *caput* do art. 4º da Lei 1.060/50, consistindo na simples afirmação, nos próprios autos processuais, de que não está em condições de arcar com as despesas do processo sem prejuízo do sustento próprio ou de sua família¹⁴.

6 O DISSENSO

A Carta Magna de 1988, inovando em relação às disposições da Constituição de 1967 e da Emenda nº 1 de 1969¹⁵, apregouo em seu art. 5º, LXXIV, que “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”¹⁶. À primeira vista, pela literalidade do texto, pode o intérprete reputar o art. 4º da Lei 1.060/50, que condiciona o deferimento da justiça gratuita à simples afirmação da condição de necessitado, não recepcionado pela Lei Ápice, de vez que só gozariam do benefício aqueles que comprovassem expressamente sua situação de insuficiência de recursos. Assim, depois da promulgação da Carta Política, algumas vozes jurisprudenciais¹⁷ nesse sentido ecoaram, influenciando na

¹⁴ Perceba, leitor, que o regramento atual para o gozo da gratuidade judiciária prescinde de pedido em petição avulsa, de declaração de hipossuficiência econômica em apartado e, mormente, de sua comprovação explícita.

¹⁵ Arts. 150, § 32 e 153, § 32, respectivamente: “Será concedida assistência aos necessitados, na forma da lei”.

¹⁶ Decepciona-nos o descaso da doutrina constitucionalista positiva brasileira em não tratar do tema com o cuidado que merece. Quando ainda o faz, remete a questão da assistência jurídica integral e gratuita à competência da Defensoria Pública, marginalizando a da gratuidade de justiça. Fica a crítica.

¹⁷ A título de exemplo, podemos citar o posicionamento do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, por meio da Súmula 39: “É facultado ao Juiz exigir que a parte comprove a insuficiência de recursos, para obter concessão do benefício da gratuidade de Justiça (art. 5º, LXXIV, da CF)”; do Tribunal de Justiça de São Paulo: “Assistência Judiciária. Requisitos. Não comprovação da necessidade do benefício. Insuficiente simples afirmação de que não tem condições de arcar com as despesas do processo. Benefício indeferido.” (TJ/SP. Agravo de Instrumento nº 1.184.672-9. Rel. Des. Virgílio de Oliveira Júnior. Julgamento em 15/04/2003. 9ª Câmara); e até mesmo do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: “Assistência Judiciária Gratuita. Benefício postulado na petição do recurso. Ausentes, nos autos, elementos que autorizem o deferimento do benefício. Cabe a conversão do julgamento em diligência para oportunizar o preparo” (TJ/RS. Apelação Cível nº 70008649410. Rel. Des. Helena Ruppenthal Cunha. Julgamento em 19/05/2004. 16ª Câmara Cível).



concepção e prática de certos magistrados e tribunais até hoje¹⁸.

Nos antecipamos para advertir que essa interpretação não deve prosperar. Nada faz crer que o constituinte originário, ao pensar uma Carta voltada sobretudo para o lado social, “haja querido dar marcha à ré” no processo evolutivo propugnado pelo legislador durante trinta e oito anos, incorrendo em absurdo retrocesso (MOREIRA, 1994, p. 60). Incompatível com a Constituição seria se a lei negasse a gratuidade de justiça mesmo com a comprovação da insuficiência de recursos. Mas se ela termina por dilatar um direito fundamental garantido pela própria Lei Maior com arrimo no amplo acesso à justiça, nisto há algum problema? Não vemos. Por essa razão, acertadamente se posicionou o Supremo Tribunal Federal:

A garantia do art. 5º, LXXIV - assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos - não revogou a de assistência judiciária gratuita da Lei 1.060, de 1950, aos necessitados, certo que, para obtenção desta, basta a declaração, feita pelo próprio interessado, de que a sua situação econômica não permite vir a Juízo sem prejuízo da sua manutenção ou de sua família. Essa norma infraconstitucional põe-se, ademais, dentro no espírito da Constituição, que deseja que seja facilitado o acesso de todos à Justiça (C.F., art. 5º, XXXV).¹⁹

A nosso juízo, os requisitos para o gozo da gratuidade judiciária encontram-se de acordo com o art. 5º, LXXIV, da CF. A seguir, as razões principais do nosso entendimento.

¹⁸Veja-se, claramente: “No tocante à assistência judiciária, consoante tenho me posicionado, o art. 4º da Lei nº. 1.060/50, que cuida da assistência judiciária, não foi recepcionado pela nova ordem constitucional, que, a teor do disposto no art. 5º, LXXIV da Magna Carta exige a comprovação da hipossuficiência, a fim de que o indivíduo possa gozar dos benefícios da assistência judiciária gratuita e integral” (TRIBUNAL DE JUSTIÇA/MG. Apelação Cível. Acórdão nº 0169013-73.2010. Voto do Rel. Des. Alberto Henrique. Julgamento em 09/05/2011. 13ª Câmara Cível).

¹⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 205.746/RS. Rel. Min. Carlos Velloso. Julgamento em 26/11/1996. 2ª Turma. DJ 28/02/1997.



7 A RECEPÇÃO DO MODELO DA LEI 1.060/50 PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

7.1 A natureza do inciso LXXIV do art. 5º e a necessidade de sua regulamentação

A compreensão da compatibilidade entre o art. 4º da Lei 1.060/50 e a CF/88 perpassa, *a priori*, pela análise da natureza da norma constitucional do art. 5º, LXXIV.

Pois bem. Ao atentarmos para a sua redação, verificamos, num primeiro momento, ser ela clara, ao menos na teoria. Num segundo, porém, percebemos sua obscuridade para a prática. E explicamos: ao passo em que aduz que o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos, não explicita a amplitude da assistência jurídica, a situação fática da insuficiência de recursos, nem muito menos o modo de comprovação desta condição, talvez pela própria técnica legislativa geralmente utilizada nas normas constitucionais de direitos fundamentais.

Diante desse quadro, a doutrina logo tratou de dissecar a assistência jurídica. Quanto à insuficiência de recursos, apesar das tentativas de se estabelecer um conceito único, se fez necessário lançar mão da figura do necessitado, indicado na Lei 1.060/50 antes mesmo da própria CF. Mas em relação ao modo de comprovação deste estado, malgrado não aduza o preceito de maneira expressa como se constata nas Constituições de 1946 e 1967 (e na EC de 1969)²⁰, mister seria a atuação legiferante para esclarecer o seu trâmite, porquanto, nesse particular, a atuação doutrinária não atenderia à necessária segurança jurídica processual.

Do exposto, adotando-se a tradicional classificação de José Afonso da Silva (1998, p. 104), não resta alternativa senão classificar a norma constitucional em autópsia como de eficácia contida, uma vez que dotada de aplicabilidade direta e imediata, por prescindir de operação legislativa à sua exequibilidade, mas não integral, sendo necessária a atuação do legislador

²⁰ Parece-nos ter sido negligente o constituinte de 1988 nesse ponto. Melhor seria o inciso LXXIV do art. 5º ter continuado a remeter o gozo do direito fundamental à assistência jurídica “na forma da lei”, de modo a garantir inequivocamente a aplicação da Lei 1.060/50 e a evitar a polêmica em torno de sua recepção pela CF.



na regulamentação do modo de comprovação da insuficiência de recursos²¹.

Nesse ínterim são as lúcidas lições de José Marcelo Menezes Vigliar (1995, p. 65):

O Constituinte, ao estabelecer que a Assistência Jurídica integral e gratuita será prestada “aos que comprovarem insuficiência de recursos” e considerando que não estabeleceu como se daria a comprovação da referida insuficiência de recursos, deixou, ainda que não o mencione expressamente, ao talante do legislador ordinário estabelecer os parâmetros que julgar necessários para a concessão do benefício. (...) Daí, lícito afirmar que a Tutela Constitucional da Assistência Jurídica Integral e Gratuita classifica-se como norma constitucional de eficácia contida.

Ocorre que, se já há uma lei infraconstitucional em vigor assim dispondo (Lei 1.060/50, art. 4º), e esta, através de uma evolução histórica a duras penas, está de acordo com o espírito garantidor da Constituição, não vemos empecilhos nela cumprir tal papel, operando em seu favor o fenômeno da recepção constitucional²².

7.2 A validade da afirmação de necessitado para comprovar a insuficiência de recursos

Já sabemos que o art. 4º da Lei 1.060/50 não só permaneceu em vigor com o advento da Lei Maior, como veio a servir de norma regulamentadora de seu art. 5º, LXXIV. Destarte, o art. 4º da LAJ fixa o método de comprovação da insuficiência de recursos de que trata a CF, decorrendo da leitura do *caput*

²¹ Não seria o inciso LXXIV do art. 5º da CF uma norma constitucional de eficácia limitada, porque ele, mesmo necessitando de regulamentação infraconstitucional para operar integralmente seus efeitos, possui eficácia direta e imediata e ainda autoaplicabilidade, em contrapartida àquela espécie normativa, que possui aplicabilidade indireta e mediata, operando seus efeitos e sendo aplicada tão somente após a atuação legiferante.

²² Assim corrobora a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, o qual numa de suas decisões apregoa: “A Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso LXXIV, obriga o Estado a prestar assistência judiciária integral e gratuita àqueles que comprovarem a insuficiência de recursos. Isto já havia sido regulado pela Lei nº 1.060/50”. (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp. 704197/ SP. Rel. Min. Jorge Scartezzini. Julgamento em 16/08/2005. 4ª Turma. DJ 05/09/2005, p. 430)



à luz de seu § 1º: na medida em que aquele estipula que a parte gozará da justiça gratuita mediante simples afirmação da condição de necessitado, este erige em favor desta declaração presunção *juris tantum* de veracidade. Neste momento, pode-se indagar o leitor: mas como uma simples afirmação pode ter o condão de provar algo?

Na verdade, a presunção de que ela se reveste é um meio legal hábil de se provar o alegado, aludido tanto pelo CC/2002 como pelo CPC/73²³. A presunção *juris tantum* (relativa) diferencia-se da presunção *jure et de jure* (absoluta) pelo fato de admitir comprovação em sentido contrário. Nesse esteio, a presunção *juris tantum* funciona na redistribuição do ônus da prova entre os litigantes de uma relação processual, invertendo a dinâmica habitual do sistema e dispensando alguma das partes da produção de prova daquilo que alegou, presumindo como verídico o fato exposto e atribuindo à outra parte o ônus de provar o contrário. É como se considerássemos existente, mesmo que temporariamente, pois suscetível de prova em contrário, o fato constitutivo de determinado direito, cabendo à outra parte provar a existência de um fato deste impeditivo, modificativo ou extintivo (art. 333, CPC).

Noutro turno, a presunção também é um meio idôneo de se embasar uma pretensão, haja vista consistir numa técnica legislativa que visa mormente evitar a ocorrência de injustiças, admitindo-se como verdadeiro, a partir da experiência comum subministrada pela observação do que ordinariamente acontece (art. 335, CPC), aquilo que provavelmente o é.

Em sendo assim, partindo-se da legalidade e idoneidade da presunção relativa como meio probatório, e sem perder de vista a abertura deixada ao alvitre do legislador ordinário suso inferida, não restam dúvidas acerca do apoio constitucional quanto à validade da afirmação de insuficiência econômica como vetor bastante à concessão da justiça gratuita. Aliás, não de hoje tem decidido incessantemente o Superior Tribunal de Justiça que:

Nos termos dos arts. 2º, parágrafo único, e 4º, § 1º, da Lei 1.060/50, a assistência judiciária gratuita pode ser pleiteada a qualquer tempo, desde que o requerente comprove sua condição de hipossuficiente, bastando-lhe, para obtenção do benefício, sua simples afirmação

²³ Senão, respectivamente vejamos: "Art. 212 – Salvo o negócio a que se impõe forma especial, o fato jurídico pode ser provado mediante: (...) IV – presunção;"; "Art. 334 – Não dependem de prova os fatos: (...) IV – em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade".



de que não está em condições de arcar com as custas do processo e com os honorários advocatícios, sem prejuízo de seu próprio sustento ou de sua família.²⁴

A declaração prestada na forma da lei firma em favor do requerente a presunção *juris tantum* de necessidade que somente será elidida diante de prova em contrário.²⁵

7.3 A Lei 1.060/50 frente aos abusos: conformação de um sistema dinâmico e seguro

Como sói acontecer no Brasil, o sistema da Lei 1.060/50 tornou-se fonte de abusos por parte de alguns que recorrem ao Poder Judiciário. Muitos litigantes, em desrespeito à lealdade e à boa-fé na produção da prova processual, passaram a pugnar pelo deferimento da gratuidade de justiça sem fazer jus ao beneplácito, acarretando enorme ônus à máquina estatal. Certo que a LAJ deixa tênue brecha para que tais abusos ocorram, mas ao mesmo tempo também é verdade, e poucos sabem, que ela dispõe dos meios preventivos e repressivos hábeis a evitá-los. Porém, para se concretizar a dinamicidade do sistema com segurança, urge o cumprimento moderado de seus dispositivos, uma vez que a praxe forense nos revela de duas uma: ou o deferimento desenfreado ou o indeferimento arbitrário dos pedidos.

O art. 5º, em seu *caput*, de modo preventivo aduz que o juiz, tendo fundadas razões para indeferir o pedido de justiça gratuita, poderá fazê-lo de plano, motivando sua decisão no prazo de setenta e duas horas. Ou seja, a partir de elementos contidos nos autos, o juiz poderá afastar a presunção relativa de veracidade que goza a afirmação de necessitado e indeferir o pedido de plano. Sem dúvida, trata-se de preceito importante na “peneira” do direito à gratuidade judiciária, mas que a partir das considerações empenhadas por Fredie Didier Jr. e Rafael Oliveira (2008, p. 47-48), merece uma ressalva: tendo fundadas razões para indeferir o pedido, melhor será o magistrado, motivando sua decisão, conceder prazo razoável (10 dias, p. ex.) para que a parte comprove fazer jus ao benefício agora sim de forma explícita, uma vez que o indeferimento de plano do pleito, mesmo com fulcro em indícios que

²⁴ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 539476. Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima. Julgamento em 05/10/2006. 5ª Turma. DJ 23/10/2006, p. 348. (trecho do original)

²⁵ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 379549. Rel. Min. Castro Meira. Julgamento em 18/10/2005. 2ª Turma. DJ 07/11/2005, p. 178. (trecho do original)



saltam aos olhos, infringe a presunção relativa que a lei reveste a declaração de hipossuficiência do reclamante.

Já o *caput* do art. 7º, também de forma precavida estabelece à parte contrária a possibilidade de impugnação ao pedido, a fim de vê-lo indeferido, ou à decisão que já o deferiu, visando sua reforma a qualquer tempo, devendo ela provar de plano a inexistência ou desaparecimento dos requisitos essenciais à concessão da gratuidade judiciária.

Inobstante, de feição repressiva reza a segunda parte do § 1º do art. 4º que, se demonstrada falsa a declaração de necessitado de que trata o *caput* pela comprovação da notória condição de arcar com as despesas processuais do beneficiário, este deverá ser penalizado com multa de até o décuplo das custas judiciais²⁶.

7.4 A adequação do modelo à luz da hermenêutica jurídico-constitucional

Da proposta idealizada, cumpre-nos finalmente analisar a adequação do modelo da Lei 1.060/50 à luz da hermenêutica constitucional. Optamos, com efeito, pelos dois critérios que melhor realçam as peculiaridades do caso e pelo princípio exponencial da interpretação das leis sob a ótica da Constituição. Sem mais delongas, vejamos.

²⁶ Desse comando nos trazem à tona Fredie Didier Jr. e Rafael Oliveira (2008, p. 57-58) dois pontos controversos: a) a base do cálculo da multa funda-se nas despesas dos atos processuais dos quais fora dispensada a parte a adiantar, não propriamente no valor das custas judiciais como trata a redação do dispositivo; b) embora se trate o caso de manifesta litigância de má-fé, e o CPC em vigor direcione a multa desta decorrente à parte contrária, especificamente no gozo da gratuidade judiciária sem merecimento, a multa correspondente deveria ser destinada ao Estado, porquanto, nesse caso, é a máquina estatal a mais prejudicada, já que responsável por arcar com o ônus das despesas processuais a partir de um desrespeito à dignidade da justiça. Quanto ao primeiro ponto, nos parece vir a jurisprudência acolhendo pacificamente, tanto que os tribunais, nos Acórdãos condenatórios, sempre têm mencionado como base do cálculo da multa as “custas processuais” (a propósito, vide: TRIBUNAL DE JUSTIÇA/RS. Apelação Cível nº 70033894684. Rel. Des. Nilton Carpes da Silva. Julgamento em 06/07/2011. 15ª Câmara Cível). Quanto ao segundo, entretanto, vem sendo ela omissa, aplicando, sem maiores discussões, a regra geral do CPC e destinando a multa resultante da litigância de má-fé à parte contrária. É provável que esta questão ainda não esteja sub judice. Mas certamente estará num futuro próximo, com as devidas provocações.



7.4.1 Interpretação Histórico-Teleológica

Para Paulo Bonavides (2010, p. 446), o método histórico-teleológico remete o intérprete da Constituição à época de sua propositura legislativa para investigar o ambiente em que se realizou a Assembleia Constituinte e compreender os “fatores políticos, econômicos e sociais, configurativos da *occasio legis*”, sem olvidar da indagação de qual seria a finalidade da norma, resposta que seria alcançada através de uma perscrutação à “alma do legislador”. Destarte, teria o constituinte originário o afã de retroceder após um longo processo evolutivo objetivado pelo legislador infraconstitucional? À nossa humilde opinião, evidente que não. Ora, que razoabilidade teria aquele em desfacer uma árdua evolução engajada por este durante trinta e oito anos, com notório avanço em prol do cidadão, por intermédio de uma Carta eminentemente voltada para o lado social? Nenhuma. A reflexão fala de *per si*, tornando óbvia a conclusão de que cai por terra a interpretação nesta oportunidade combatida.

7.4.2 Interpretação Científico-Espiritual

Idealizado por Rudolf Smend, foi o primeiro método de cunho sociológico que dotou a interpretação constitucional de um sentido valorativo, fazendo o intérprete compreender que toda Norma Maior deve ser lida precipuamente à luz dos valores intrínsecos à sociedade. J. J. Gomes Canotilho (2011, p. 1212-1213) caracteriza perfeitamente o método Científico-Espiritual, sendo, em sua dicção, aquele que pretende compreender o sentido da norma constitucional a partir de sua articulação com “a integração espiritual real da comunidade”.

Então, nos resta indagar: o constituinte de 1988 lograria afastar os anseios sociais ao amplo acesso à justiça da época para voltar ao regramento burocrático anterior? Também acreditamos que não. E por motivo óbvio: o constituinte tem a função precípua de atender os interesses da sociedade, não de servir como carrasco desta. Ora, se ao tempo da Assembleia Constituinte as aspirações estavam voltadas para a ampliação dos pórticos ao irrestrito acesso à justiça, qualquer interpretação que não as albergue colide com a ordem de valores sedimentada no seio social tanto antes quanto agora e, por isso, carece de legitimidade.



7.4.3 Interpretação conforme a Constituição

Com arrimo nas palavras de Marcia Zollinger (2006, p. 159), o princípio da interpretação conforme a Constituição, quando aplicado à lei processual, “significa que o juiz não pode se furtar de extrair das técnicas processuais a interpretação que confira eficácia ótima ao direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva”. Logo, cabendo as duas interpretações, abordadas alhures, ao art. 4º da Lei 1.060/50 (derrogação ou recepção constitucionais), torna-se fácil a conclusão de que a melhor opção é a de se entender pela recepção do modelo contemporâneo de concessão da gratuidade judiciária. Se este abre as portas do Poder Judiciário na medida de suas disponibilidades e com as devidas cautelas, logicamente confere maior efetividade ao direito fundamental à assistência jurídica integral e gratuita e, por essa razão, deve prevalecer.

8 CONCLUSÃO

Das considerações traçadas, infere-se que o modelo hodierno de concessão da justiça gratuita (Lei 1.060/50), consistente na simples afirmação da parte, nos próprios autos do processo, de que não está em condições de arcar com suas despesas sem prejuízo do sustento próprio ou familiar, definitivamente não foi derogado pelo inciso LXXIV do art. 5º da Constituição, que incumbe ao Estado o dever de prestar assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos. Muito pelo contrário. Em sendo esta norma de eficácia contida, entre a CF e a LAJ se estabeleceu uma correlação de complementaridade, pois ao passo em que esta labora desde 1988 regulamentando as disposições do art. 5º, LXXIV, aquela erigiu a gratuidade judiciária a patamar de direito fundamental.

Corroborando, outrossim, nosso entendimento a validade do método de comprovação da insuficiência de recursos de que trata a LAJ, uma vez que a presunção relativa da qual é revestida a afirmação da condição de necessitado, além de possuir o intento precípua de arrear injustiças, é lembrada como meio de prova competente tanto pelo CC/2002 quanto pelo CPC/73. Desconstituindo de *per si* um dos principais argumentos daqueles que rebatem a proposta neste ensaio esposada, a Lei 1.060/50, ao apresentar medidas preventivas e repressivas aos eventuais abusos da gratuidade judiciária, estatui um sistema célere e seguro.



Malgrado alguns poucos magistrados e tribunais ainda condicionem o gozo da gratuidade de justiça à comprovação explícita da carência de recursos, é nossa missão denunciar que esta postura é *contra legem* e contra o espírito constitucional, pois além de desconsiderar imprudentemente o critério subjetivo e a presunção relativa de veracidade da declaração de necessitado fixados na Lei 1.060/50, colide com os próprios ideais do acesso à justiça almejados pela sociedade e engajados pelo legislador durante trinta e oito anos.

Devemos interpretar a norma do art. 5º, LXXIV, da CF máxime histórica, social e teleologicamente. Neste diapasão, não poderíamos semear outra coisa senão que aquela longa evolução, em nome do amplo acesso à justiça tão ansiado pela população mais carente, não poderia ser esquecida abruptamente, ainda mais por uma Carta qualificada pelos historiadores e juristas como “cidadã”. Ora, seria paradoxal, e, por isso, inaceitável. O enfoque da questão há de ser diverso daquele que pretendem outros. É estéril a pretensão de cotejar a Constituição e a Lei 1.060/50 em pólos antagônicos. Elas devem caminhar juntas, em prol do indivíduo. A Lei Maior, nesse processo evolutivo, não assinala o esquecimento do labor legislativo de trinta e oito anos. Assinala sim sua glória, de modo a direcionar nosso esforço para a íngreme missão de efetivar a assistência jurídica integral e gratuita em favor do cidadão.

REFERÊNCIAS

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 25ª edição, atualizada. São Paulo: Malheiros, 2010.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª edição. 8ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2011.

DANTAS, David Diniz. **Interpretação Constitucional no Pós-Positivismo: Teoria e Casos Práticos**. 2ª edição. São Paulo: Madras, 2005.

DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA, Rafael. **Benefício da Justiça Gratuita**. 3ª edição. Salvador: Juspodivm, 2008. (Coleção Temas de Processo Civil)



DOMINGUES FILHO, José. **Das Despesas, Honorários Advocatícios e Justiça Gratuita no Processo Civil**. 1ª edição. Campo Grande/MS: Contemplan, 2009.

DONASSOLO, Thiago. **Acesso e Decesso à Justiça Mediante Concessão de Assistência Judiciária Gratuita no Brasil**. Disponível em: <www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Thiago%20Donassolo%20%20versão%20final.pdf>. Acesso em: 28 fev. 2012.

GIANNAKOS, Angelo Maraninchi. **Assistência Judiciária no Direito Brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. Vol. 1. (Curso de Processo Civil)

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O direito à assistência jurídica: evolução no ordenamento brasileiro de nosso tempo. In: _____. **Temas de Direito Processual**: Quinta Série. São Paulo: Saraiva, 1994.

OLIVEIRA, Rogério Nunes de. **Assistência Jurídica Gratuita**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

PIERRI, J. C. C. Diferenças Entre Assistência Jurídica, Assistência Judiciária e Justiça Gratuita. **Saber Digital: Revista Eletrônica do CESVA**, Valença, v. 1, n. 1, p. 7-17, mar./ago. 2008. ISSN: 1982-8373.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 3ª edição. São Paulo: Malheiros, 1998.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. Assistência Jurídica Integral e Gratuita. Tutela Constitucional e Concessão do Benefício. **Revista Jurídica Justitia**, São Paulo, n. 171, p. 60-72, jul./set. 1995.



ZOLLINGER, Marcia Brandão. **Proteção Processual aos Direitos Fundamentais**. Salvador: Juspodivm, 2006. (Coleção Temas de Processo Civil)

THE USELESS CONTROVERSY ABOUT THE VALIDITY OF THE MODEL OF CONCESSION OF THE FREE JUSTICE

ABSTRACT

While the art. 4 of Law 1.060/50 provides that the part shall enjoy the judicial gratuity by the simple statement of condition needy, the art. 5, LXXIV, the Federal Constitution of 1988 exposes that the State shall provide full and free legal assistance to those who prove insufficiency of funds. The apparent discrepancy between the precepts caused the emergence of currents jurisprudential after the promulgation of the Supreme Law with intent to removing the application of the model of concession of the free justice, because derogated, and condition its enjoyment to the proof explicit of circumstance of needy, still influencing currently in the practice of few some judges and courts. This interpretation conflicts with the evolution proposed by legislature for thirty-eight years on behalf of the broad and unrestricted access to justice. Therefore, the present work pretends to examine the question mentioned by a prism so far little used by the doctrine: the contained effectiveness of the constitutional rule of art. 5, LXXIV. In this way, the model of Law 1.060/50 regulates and extends the fundamental right to judicial gratuity in the context below of the constitution, being approved by the Supreme Law.

Keywords: Federal Constitution. Legal assistance. Discrepancy. Model of concession. Free justice. Law 1.060/50. Approved.



O PRINCÍPIO DA DEMANDA E AS MITIGAÇÕES À CONGRUÊNCIA AO PEDIDO EM FACE DO NOVO PROCESSO CIVIL

Laura Maria Pessoa Batista Alves

Acadêmica do 7º período do Curso de Direito da UFRN
Membro do Projeto Cine Legis

Gabriel Dantas Villarim

Acadêmico do 7º período do Curso de Direito da UFRN

Marcus Aurélio Freitas Barros

Professor-orientador

RESUMO

O presente trabalho versa sobre o princípio da demanda, ressaltando as mitigações por ele sofridas em face da nova perspectiva processual constitucional contemporânea, cuja máxima é garantir uma prestação jurisdicional efetiva, isto é, célere e eficaz. Dessa maneira, em oposição à tão valorada segurança jurídica, surge certa flexibilização da adstrição da sentença aos pedidos formulados pelas partes, conferindo ao magistrado maior grau de liberdade decisória. Há mitigações já definidas pelo legislador em dispositivos do Código de Processo Civil, como também já despontam entendimentos jurisprudenciais que afastam a nulidade de decisões que se encontram além ou fora do pedido. É o caso das ações que pleiteiam benefícios previdenciários e também das alimentícias.

Palavras-chave: Novo Processo Civil. Princípio da Demanda. Congruência ao pedido. Flexibilização.

1 INTRODUÇÃO

O Direito Processual Civil, como todo o Direito, é reflexo de um gigantesco paradigma teórico, jurídico e social dominante. Em outras palavras, é a expressão dos valores que determinados pólos sociais e políticos manifestam, os quais contaminam todo o entendimento e aplicação dos mais diversos ramos do Direito, não obstante haver uma consolidação legislativa que sedimenta posturas jurídicas.

Temos que o Estado liberal, ou Estado de Direito, pautava-se na ideia de defesa das liberdades individuais contra as arbitrariedades estatais, o que ensejou uma construção teórica alicerçada na proteção de garantias individuais, fazendo surgir, assim, princípios como os da demanda, da segurança jurídica, bem como todos aqueles outros que atribuíam ao magistrado uma postura meramente observadora e analítica da situação em conflito.

Todavia, a consolidação do Estado Constitucional Democrático mudou esse arcabouço promovendo uma constitucionalização do Processo Civil, que vem pautar-se nos princípios da fungibilidade, eficácia dos atos decisórios e, especialmente, tutela jurisdicional efetiva, privilegiando a busca de meios capazes de tornar mais eficazes as decisões judiciais, com isso elevando o magistrado à categoria de sujeito atuante na relação processual.

Não obstante essa mudança teórica dominante, quando nos aprofundamos na análise dos institutos que a respaldam, como o princípio da demanda, e mais especificamente o da congruência, notamos que essa transferência não ocorreu de forma tranqüila. O que se constata é que ainda estamos presos aos velhos institutos e temerosos com as repercussões dessa nova liberdade do magistrado, questionando-nos até que ponto é justificável mitigar os antigos princípios em prol dos atuais, como o da efetividade das decisões.

É neste contexto de imprecisão que apresentaremos algumas discussões relativas ao princípio da congruência das decisões ao pedido, ou princípio da adstrição, passando desde a sua conceituação inicial mais conservadora, até as suas recentes mitigações.

2 O CONTEXTO DO PROCESSO CIVIL CLÁSSICO

O Processo Civil Clássico refletiu o quadro em que se afigurava o Direito no Estado liberal, o qual surgiu como uma reação ao despotismo



absolutista que até então predominou no mundo ocidental. Esse Estado de Direito tinha por finalidade a proteção das liberdades individuais - os chamados direitos fundamentais de primeira dimensão - numa perspectiva de igualdade formal.

Nesse contexto, o Direito era uma ferramenta de proteção dos cidadãos perante o Estado, limitando consideravelmente a possibilidade de intervenção deste na esfera privada. (MARINONI, 2004). A figura da lei ganhou destaque por ser ela a limitadora da ingerência estatal na vontade dos particulares. As liberdades individuais eram prioridade, de forma que o Estado só poderia adentrar na esfera individual do cidadão quando a lei assim determinasse.

Há que se considerar, contudo, que a credibilidade dos magistrados, representantes do Estado-Juiz, encontrava-se comprometida em razão das arbitrariedades cometidas à época do Antigo Regime. Em virtude do temor de que houvesse novos abusos, a atividade dos juízes deveria ser controlada pelo estrito cumprimento aos termos da lei (CAMARGO, 2003, p.66). A função do juiz no Estado Liberal era, portanto, somente a de declarador do direito; e o direito era apenas aquilo e exatamente aquilo que estava explícito nas letras da lei; o juiz limitava-se exclusivamente à aplicação literal da lei ao caso concreto.

Montesquieu, em sua obra “O Espírito das Leis” (p. 175), asseverou: “poderia acontecer que a lei, que é ao mesmo tempo clarividente e cega, fosse, em certos casos, rigorosa demais. Mas os juízes da nação são apenas, como já dissemos, a boca que pronuncia as palavras da lei; são seres inanimados que não podem moderar nem sua força, nem seu rigor”. Eram os chamados juízes *bouche de la loi* ou “boca da lei”.

Muito bem anota Marinoni (2004) que “dessa função reservada ao juiz, surge, como consequência lógica, a conclusão de que a sentença apenas poderia declarar o texto da lei”, o que, de pronto, nos permite entender ser este um dos fundamentos do princípio da demanda, objeto desse trabalho e que será melhor discutido, mas que em linhas gerais traz a idéia de que a atuação jurisdicional tem seus limites predeterminados pelos pedidos formulados pelas partes (ARENHART, 2006).

Não obstante ter o Direito evoluído desde o Estado Liberal, muitos de seus valores ainda estão arraigados no nosso ordenamento.



3 PRINCÍPIOS DA DEMANDA E DA CONGRUÊNCIA OBJETIVA

O princípio da demanda, encontrado, sobretudo, no art. 2º do Código de Processo Civil¹, está ligado, inicialmente, a uma ideia privatista dos direitos subjetivos, que permite ao sujeito a opção de dispô-los. Isto é, numa concepção clássica, o processo civil trata de interesses privados e, portanto, caberia às partes decidirem quando e de que forma esses direitos devem ser protegidos. Assim, como menciona Arenhart (2006), “se os interesses privados são, em princípio, disponíveis, disponível também deve ser a sua forma de proteção”, ficando a atuação estatal condicionada ao pedido formulado pela parte, como também defende Chiovenda aludido por Sérgio Arenhart (2006).

Destarte, é do caráter disponível do direito material que advém o princípio da inércia da jurisdição, afinal seria desarrazoado que o Estado pudesse interferir e impor proteções em um âmbito de disponibilidade dos direitos subjetivos de caráter privado, sem que os sujeitos as requeressem.

Noutro horizonte, entende-se que o princípio da demanda tem verdadeira função de resguardar a imparcialidade do magistrado. Ora, se coubesse ao juiz determinar quando intervir em uma relação jurídica e ainda a medida e a extensão da decisão, acabaríamos voltando, de certa forma, ao sistema inquisitivo. Objetiva-se separar as funções de pedir e de julgar, buscando-se evitar que o magistrado já inicie o procedimento predisposto a acolher um dos lados.

Deste ponto, uma conclusão a que podemos chegar é que o princípio da demanda tem como função garantir a imparcialidade do magistrado, bem como deixar a critério das partes o desejo de terem seus direitos subjetivos protegidos, e na forma e extensão que crêem adequadas, vinculando o juiz aos limites das pretensões dos litigantes, não cabendo ao *iudex* decidir o momento da proteção nem o seu modo, devendo apenas declarar, como mero “boca da lei”, a quem o Direito assiste naquela lide.

Constata-se também que, além de o princípio da demanda estar associado ao objeto do processo, determinando sobre o que a atividade jurisdicional deve incidir, ele igualmente proíbe, como regra, a atuação *ex officio*, isto é, independentemente de requerimento das partes, haja vista que

¹ Art. 2º, CPC: Nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e formas legais.



o agir de ofício confere ao magistrado a possibilidade de interferir na relação jurídica em razão de sua própria vontade, o que vai de encontro à postura passiva que deveria assumir como simples declarador do Direito, invadindo, assim, o círculo de individualidade e privacidade das partes.

Como subprincípio da demanda, destacamos o princípio da congruência, cuja essência é manter adstrita a decisão aos moldes impostos pelo pedido. Esta regra, nos dizeres de Marinoni (2003) e, citando Chiovenda:

foi estabelecida a partir da premissa de que era preciso conter o poder do juiz para evitar o risco de violação da liberdade do litigante. Tanto é verdade que, quando se pensa em congruência, afirma-se que sua finalidade é a de evitar que a jurisdição atue de ofício, o que poderia comprometer sua imparcialidade.

Importante ressaltar que existem determinados princípios e institutos jurídicos que funcionam como autêntico instrumento de efetivação de outros direitos, sobretudo de direitos fundamentais, como o devido processo legal, o contraditório, a tutela jurisdicional efetiva, além dos próprios direitos materiais em seu conjunto.

Portanto, princípios operacionais como, por exemplo, a segurança jurídica, a inafastabilidade da jurisdição, a congruência das decisões ao o pedido têm uma importância inestimável porque asseguram que os direitos materiais possam ser garantidos processualmente de forma plena, sem que haja novas violações.

Fredie Didier Jr. (2011, p. 311) classifica a congruência das decisões em interna e externa, e ainda esta última em objetiva e subjetiva. Não obstante a importância precípua de se manter um sistema processual que assegure a segurança jurídica e a própria integridade do sistema, é reluzente a necessidade de se analisar possíveis mitigações dessa rigidez técnica para que se garantam outros Direitos Fundamentais como o acesso à justiça, à prestação de tutela efetiva, entre outros.

Conforme parafraseia Sandro de Rezende Santos (2010), diz o mestre Vallisney de Souza Oliveira:

Por princípio da adstrição entenda-se aquele ditame delimitador da atividade do órgão judiciário em relação ao pedido, compreendido este também como mérito, já que a sentença não pode descarrilar, nem parar no



caminho, nem ir além da via traçada pela vontade do jurisdicionado.

Trata-se do nexo de referibilidade que deve existir entre o pedido e a sentença, o qual resulta da atividade cognitiva do juiz, cujo objetivo é acumular fundamentos para pôr fim a uma demanda que lhe foi dirigida. Assim, a decisão possui imanente relação com a lide originária, devendo sempre ter como parâmetro os componentes que integram a ação.

O Código de Processo Civil traz dois artigos que expressamente prescrevem a existência e importância deste princípio, dando-lhe substância. *In verbis*:

Art. 128. O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte. (...)

Art. 460. É defeso ao juiz preferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado.

Nota-se, portanto, que tais artigos determinam que a decisão deve conter a análise e o julgamento da causa de pedir, nos moldes dos pedidos deduzidos no processo, sendo defeso ao juiz ir além, fora ou aquém do que foi pleiteado, conforme defende Cândido Rangel Dinamarco (2003, p. 274) ao dizer que “decidir nos limites da demanda proposta significa não ir *além* ou *fora* deles, nem ficar *aquém*”.

Caso o julgamento seja além dos limites impostos pelo pedido, será chamado de *ultra petita*, se fora deles, *extra petita*, e se aquém, *citra petita*.

Na decisão *ultra petita*, o magistrado examina o pedido ou os fatos essenciais trazidos pelos demandantes, mas vai além deles, analisando outros não trazidos pelos litigantes, ou concedendo mais do que aquilo que foi pleiteado. Por conseguinte, parte da decisão guarda congruência com a pretensão demandada, seja pelo pedido ou pelos fatos e fundamentos apresentados, enquanto a outra parte extrapola os limites da decisão. Assim, entende-se, de forma geral, que a decisão *ultra petita* deve ser invalidada em razão do *error in procedendo*, todavia, tal invalidação deve abarcar tão somente a parte que transborda dos limites impostos pelo pedido. Já no tocante aos excessos do juiz quanto aos fatos essenciais trazidos ao processo, deve-se



analisar quais os efeitos e os eventuais prejuízos que esta efetivamente representaram para a decisão. Só então será possível concluir se esta deverá ser invalidada em parte ou na sua totalidade.

Quanto à decisão *extra petita*, o julgador concede coisa distinta da que foi pedida ou considera fundamento de fato não mencionado pelas partes em vez daqueles efetivamente por elas suscitados. Neste caso, a decisão também é passível de invalidação pela ocorrência de *error in procedendo*. Contudo, ela atinge toda a decisão, porque inexistente o que possa ser aproveitado, diferentemente, em regra, da decisão *ultra petita*.

O julgamento *extra petita* viola o princípio do contraditório e o devido processo legal, pelas mesmas razões relativas à decisão *ultra petita*, isto é, em virtude de o juiz utilizar-se de fatos não trazidos pelas partes e por conceder provimento diverso do pedido. Entretanto, acrescenta-se a isto a violação à inafastabilidade da jurisdição, haja vista que o magistrado deixou de apreciar os pedidos pleiteados ou os fatos apresentados para, em seu lugar, debruçar-se sobre outros, eximindo-se do dever-poder de julgar.

Já a decisão *citra petita* ou *infra petita* é aquela em que o julgador deixa de analisar pedido formulado ou fundamento de fato ou de direito apresentado pela parte. Trata-se de omissão por parte do juiz no momento de julgar determinada causa quanto ao exame de uma questão incidental ou principal. Caso haja omissão do julgador quanto à controvérsia principal, a doutrina majoritária entende pela inexistência de vício, afinal não existe decisão relativa ao problema, e não pode haver vício de algo que inexistente. Outrossim, os demais capítulos efetivamente resolvidos não restam comprometidos em razão de um outro pedido não ter sido observado. Todavia, tratando-se de omissão de questão incidental, compreende-se que há um defeito que compromete a sua validade, em virtude de ofensa ao contraditório, ao acesso à justiça e à inexistência de motivação das decisões judiciais, especialmente porque a referida questão incidental pode alterar por completo toda a motivação decisória e, conseqüentemente, a procedência ou improcedência da ação.

4 A MUDANÇA DE PARADIGMA NO PROCESSO CIVIL CONTEMPORÂNEO

O pensamento processual civil evoluiu à medida que a mera declaração do direito revelou-se inútil para a solução dos conflitos. Adveio a ideia de que o direito não precisa somente ser declarado, mas, primordialmente, precisa ser protegido.



Anteriormente, no período do Estado liberal, o processo era visto sob uma perspectiva formal associada à anulação do poder do juiz, promovendo, assim, a criação de um direito neutro e genérico que visava a uma prestação jurisdicional desvinculada da idéia de efetivação. Não havia a concepção de tutela específica dirigida à satisfação do direito material e o direito de ação era visto de maneira restrita. (CRUZ; CRUZ, 2010, p.5)

O Estado Constitucional Democrático e o neoconstitucionalismo trouxeram a ideia de princípios como normas jurídicas e provocaram uma irradiação valorativa sobre todo o ordenamento. No tocante ao processo civil, merece destaque a idéia de concretização e efetividade do direito. O acesso à justiça adquiriu caráter mais amplo, não se identificando mais com a mera possibilidade de pleitear algo em juízo, e sim com o alcance de uma sentença justa e que possibilite meios executivos.

Luiz Guilherme Marinoni (2007, p.7), de forma bastante lúcida e categórica, aduz que “o direito de ação não é simplesmente o direito à resolução do mérito ou a uma sentença sobre o mérito. O direito de ação é o direito à efetiva e real viabilidade da obtenção da tutela do direito material”.

Barbosa Moreira (1984, p. 33) delineou cinco requisitos essenciais para que o processo seja realmente efetivo, dentre os quais destaco a necessidade que o processo tem de dispor de meios adequados para a proteção dos mais diversos tipos de direitos garantidos pela ordem jurídica e ainda a obrigatoriedade de o processo assegurar à parte vitoriosa o bem da vida a que tem direito.

Diante desse quadro, a mera expressão literal da lei além de insuficiente, por muitas vezes também se mostra inconstitucional. A norma não se identifica mais com o texto da lei. A norma passa a ser produto da interpretação constitucional conforme feita pelo juiz sobre o texto normativo. Assim, o magistrado, mais do que aplicador do direito, passou a ser seu intérprete e até mesmo seu criador, à medida que o legislador “consciente de que não tem condições de prever com exatidão todas as situações das complexas relações sociais e estatais da atualidade, permite, expressamente, que o intérprete e o aplicador do direito criem a melhor solução para cada caso concreto” (BUENO, 2009).

Nesse horizonte, o legislador, que instituiu o princípio da demanda como uma forma de limitar a atuação dos juízes e garantir segurança jurídica, passa, ele próprio, a flexibilizar a congruência entre o pedido e a sentença, trazendo situações excepcionais em que o magistrado pode decidir fora do que foi pleiteado sem que isso caracterize um vício de ultra ou extrapetição,



com vistas à efetividade do provimento jurisdicional.

5 MITIGAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CONGRUÊNCIA

Como dito anteriormente, o princípio da congruência detém papel imprescindível para a garantia da uniformização e unicidade do sistema processual, correlacionando-se com a segurança jurídica e com o princípio da demanda, sobretudo. Como mencionado, a violação deste princípio resultaria em ofensa ao contraditório, ao acesso à justiça e à inafastabilidade da jurisdição, princípios de imensurável importância, os quais tendem, inclusive, a ganhar maior relevância com este novo sistema processual constitucional, em razão de sua precípua participação na garantia dos direitos fundamentais.

Ocorre que a prática jurídica e o crescimento quantitativo das demandas jurisdicionais e dos conflitos em massa vêm mostrando que a manutenção da rigidez, a qual outrora visava à proteção dos direitos, estava agora justificando um distanciamento entre o jurisdicionado e o Estado-Juiz, de uma forma não mais concebida atualmente em razão da clara negligência que esta separação gera para a efetivação da tutela jurisdicional, a qual é a garantia máxima de atendimento jurisdicional satisfatório.

Em outras palavras, hodiernamente não podemos aceitar que, em nome de formalismos técnicos, façamos vista grossa para o que realmente importa: garantir a efetividade do direito material. Afinal, o processo é a instrumentalização do direito material, ou este armado na luta pela sua concretização. Assim, os princípios processuais devem visar sempre à garantia dos direitos materiais, e não funcionar como óbice para a sua efetivação.

Por conseguinte, a mitigação do princípio da congruência só pode ser aceita em situações nas quais haja ponderação dos valores em conflito. Como visto, este princípio visa a assegurar, direitos fundamentais como o contraditório, o devido processo legal e a inafastabilidade da jurisdição. Portanto, em casos nos quais não haja ofensa a esses princípios, mas se flexibilize a congruência, como mecanismo para se buscar uma tutela jurisdicional efetiva, é correto que se faça.

Neste sentido, defende Vallisney de Souza, citado em Didier Jr., Braga E Oliveira (2011, p.319), nos seguintes dizeres: “o princípio da congruência pode ser legalmente deixado de lado, mas não o princípio constitucional do contraditório”.

O Código de Processo Civil já traz algumas permissões expressas,



como a contida nos arts. 461, 805, 920 e 129. O Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 84, também traz clara permissão ao magistrado para que busque alcançar com facilidade e eficiência o resultado prático almejado.

Nota-se, portanto, uma crescente manifestação, em virtude do Estado Constitucional de Direito, no sentido de conferir mais autonomia ao juiz para que este atue no caso concreto buscando assegurar efetivamente os direitos fundamentais, quebrando, paulatinamente, a rigidez do sistema processual, conforme se infere, inclusive, através da ruptura do princípio da tipicidade dos meios executivos e da concentração da execução no processo de conhecimento.

5.1 Hipóteses de flexibilização da congruência previstas em lei

Apesar de serem exceções em nosso ordenamento jurídico, já são consideráveis as hipóteses em que o legislador optou pela flexibilização da congruência ao pedido.

Inicialmente destacamos o Código de Defesa do Consumidor, Lei 8.078/90, que, em seu art. 84², privilegiou a efetividade da tutela pretendida, atribuindo poderes ao magistrado com o fito de conferir ao processo de consumo praticidade e aderência ao caso concreto (CAVALIERI FILHO, 2011, p. 344).

Da leitura do dispositivo em tela, depreendemos que a lei não se satisfaz com a conversão da tutela específica, a qual consiste no exato pedido

² Art. 84, CDC - Na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

§ 1º A conversão da obrigação em perdas e danos somente será admissível se por elas optar o autor ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente.

§ 2º A indenização por perdas e danos se fará sem prejuízo da multa (art. 287, do Código de Processo Civil).

§ 3º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou após justificação prévia, citado o réu.

§ 4º O juiz poderá, na hipótese do § 3º ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando prazo razoável para o cumprimento do preceito.

§ 5º Para a tutela específica ou para a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz determinar as medidas necessárias, tais como busca e apreensão, remoção de coisas e pessoas, desfazimento de obra, impedimento de atividade nociva, além de requisição de força policial.



do autor, em perdas e danos, o que Cavalieri (2011, p. 344), adequadamente, chama de “prêmio de consolação”. O que a lei busca é a concretização do direito da parte e, para tanto, viabiliza a possibilidade de o juiz impor multa diária ao réu independentemente de pedido do autor nesse sentido. Isto é, o dispositivo confere à autoridade judiciária o poder de decidir além do pedido, ou seja, proferir uma decisão *ultra petita*, sem que esta padeça de nulidade. Para tanto, é exigido apenas que a multa fixada seja suficiente ou compatível com a obrigação a ser cumprida, podendo, inclusive ultrapassar o valor da obrigação em questão uma vez que sua natureza é coercitiva e não indenizatória.

O teor do referido dispositivo consumerista foi posteriormente transportado para o Código de Processo Civil pela Lei nº 8.952, de 1994 (Reforma do Processo Civil), que modificou o art. 461³.

Os referidos artigos (84, do CDC, e 461, do CPC) conferem amplo poder de execução ao magistrado, uma vez que trazem a possibilidade de que, a seu critério, determine medidas necessárias para a consecução do resultado prático pleiteado, através de um rol exemplificativo, facultando ainda a possibilidade de realizar conversão entre uma e outra caso se mostre mais adequada do que a que porventura a parte tenha requerido.

Ao analisar tais dispositivos, o processualista Luiz Guilherme Marinoni (2003) vai além e afirma que eles não só permitem a utilização de

³ Art. 461, CPC - Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

§ 1º A obrigação somente se converterá em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente.

§ 2º A indenização por perdas e danos dar-se-á sem prejuízo da multa (art. 287).

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

§ 4º O juiz poderá, na hipótese do parágrafo anterior ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito.

§ 5º Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial.

§ 6º O juiz poderá, de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva.



meio executivo diverso do postulado pela parte, como também contemplam a possibilidade de imposição de fazer (ou não fazer) distinta da pretendida, conforme podemos vislumbrar em seus ensinamentos:

Ademais, está expressa, nos arts. 461 do CPC e 84 do CDC, a possibilidade de o juiz dar conteúdo diverso ao fazer ou ao não fazer pedido, ou melhor, impor outro fazer ou não fazer, desde que capaz de conferir resultado prático equivalente àquele que seria obtido em caso de adimplemento da “obrigação originária”. Assim, por exemplo, se é requerida a cessação da poluição, e o juiz verifica que basta a instalação de certa tecnologia para que ela seja estancada (um filtro, por exemplo), outro fazer deve ser imposto.

Adiante, Marinoni (2003) categoricamente afirma que “o juiz, diante dos artigos 461 do CPC e 84 do CDC, pode deixar de lado, além do meio executivo solicitado, o próprio pedido mediato”. Ressalva, todavia, que a liberdade atribuída ao magistrado não poderá ficar completamente a sua mercê, sob pena de arbitrariedades, devendo, portanto, ser controlada pela proporcionalidade.

Outra hipótese de mitigação do princípio da congruência encontra-se prevista no art. 920⁴ do CPC, o qual consagra o princípio da fungibilidade das ações possessórias. De acordo com o dispositivo, é possível que a parte intente qualquer das espécies – interdito proibitório, manutenção na posse e reintegração de posse – indistintamente, e, conforme o caso, o magistrado a converterá, *ex officio*, naquela que for adequada.

O respeitado civilista Carlos Roberto Gonçalves (2011, p. 137) aduz:

[...] se a ação cabível for a de manutenção de posse e o autor ingressar com ação de reintegração de posse, ou vice-versa, o juiz conhecerá do pedido da mesma forma e determinará a expedição do mandado adequado aos requisitos provados. É uma aplicação do princípio da *mihi factum dabo tibi jus*, segundo o qual a parte expõe o fato e o juiz aplica o direito.

⁴ Art. 920, CPC - A propositura de uma ação possessória em vez de outra não obstará a que o juiz conheça do pedido e outorgue a proteção legal correspondente àquela, cujos requisitos estejam provados.



No mesmo horizonte assevera Arruda Alvim: “a alteração do *nomem juris* da ação não importará infração à regra da proibição de julgamento ultra petita, mesmo porque tal providência insere-se na regra da *mihi factum, dabo tibi jus*” (ALVIM, 2003, p. 676).

Para o pensamento tradicional, esse seria um clássico quadro de extrapetição. Todavia, o legislador deixou expressa a possibilidade de conversão das ações, flexibilizando a adstrição ao pedido para que se proteja e assegure o direito ofendido, no caso, a posse.

Outra expressa exceção à regra da adstrição ao pedido trata-se daquela disposta no art. 129⁵ do CPC. Nesse caso, se o juiz observar que as partes fazem uso do processo como instrumento para alcançar certo fim ilícito, deverá o juiz proferir decisão fora do pedido com o escopo de frustrar os objetivos dos falsos litigantes (DIDIER JR; SARNO; OLIVEIRA, 2011, p. 319). VALLISNEY DE SOUZA, *apud* DIDIER JR., SARNO e OLIVEIRA (2011, p. 320) discute um exemplo bastante interessante que ilustra nitidamente a situação:

Em conluio dois invasores de terras combinam entrar um contra o outro com ação de reintegração de posse na propriedade do Poder Público, a fim de que possam legitimar pela ordem judicial a pretendida invasão. [...] Ao tomar conhecimento desse ato simulado, o juiz não julga procedente nem improcedente a reintegração, mas, ao mesmo tempo, declara a propriedade do Estado.

5.2 Hipóteses jurisprudenciais de flexibilização do princípio da congruência

Apesar de não se tratar de hipótese prevista em lei, a jurisprudência tem admitido a flexibilização do princípio congruência nos casos de ações em que se pleiteia benefício previdenciário por incapacidade.

Não raramente, magistrados têm se deparado com pedidos de aposentadoria por invalidez, contudo depois de realizada perícia médica muitas vezes chega-se à conclusão de que a parte não faz jus ao benefício solicitado por não preencher seus requisitos, mas sua situação fática mostra-

⁵ Art. 129, CPC - Convencendo-se, pelas circunstâncias da causa, de que autor e réu se serviram do processo para praticar ato simulado ou conseguir fim proibido por lei, o juiz proferirá sentença que obste aos objetivos das partes.



se suficiente para a concessão de benefício diverso, v.g., o auxílio-doença ou auxílio-acidente.

A incapacidade pode ser entendida como “a inaptidão do segurado para o exercício de atividade laborativa que lhe garanta a subsistência ou para sua vida diária, em decorrência de doença ou lesão, conforme a circunstâncias sócio-culturais iminentes ao segurado” (CHELOTTI, 2011, p. de internet), podendo ser classificada de acordo com seu grau, sua duração e com a atividade desenvolvida pelo segurado. De acordo com a caracterização desses três parâmetros é que se verificará qual o benefício previdenciário adequado ao caso concreto.

O Superior Tribunal de Justiça já manifestou seu posicionamento acerca do tema, sendo relevante destacar trecho do voto da Ministra Laurita Vaz:

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. BENEFÍCIO ACIDENTÁRIO. PEDIDO INICIAL. VERIFICAÇÃO DO CUMPRIMENTO DOS REQUISITOS. ADEQUABILIDADE. CONCESSÃO DE BENEFÍCIO DIVERSO AO SEGURADO. JULGAMENTO EXTRA PETITA. NÃO-OCORRÊNCIA. PRECEDENTES. AGRAVO DESPROVIDO.

1. Este Superior Tribunal de Justiça firmou compreensão no sentido de que não constitui julgamento extra ou ultra petita a decisão que, verificando não estarem atendidos os pressupostos para concessão do benefício requerido na inicial, concede benefício diverso cujos requisitos tenham sido cumpridos pelo Segurado.

2. Na ausência de fundamento relevante que infirme as razões consideradas no julgado agravado, deve ser mantida a decisão hostilizada por seus próprios fundamentos.

3. Agravo regimental desprovido.

[...]

O pleito não merece acolhida. Não havendo argumento suficiente para a reconsideração da decisão agravada, mantenho-a, na íntegra, por seus próprios fundamentos, litteris: “O recurso não merece prosperar. Isso porque, diante da relevância social e alimentar dos benefícios de previdência e assistência social, este



Superior Tribunal de Justiça firmou compreensão de que não constitui julgamento extra ou ultra petita a decisão que, verificando não estarem atendidos os pressupostos para concessão do benefício requerido na inicial, concede benefício diverso cujos requisitos tenham sido cumpridos pelo Segurado. Assim, pode o julgador, desde que preenchidos os requisitos legais, apreciar os fatos, de ofício e moldar a hipótese ao benefício cabível. (grifos nossos)⁶

Sob argumentação semelhante, a doutrina já tem se manifestado também pela possibilidade de mitigar-se o princípio da congruência nas ações de alimentos, sendo possível ao juiz arbitrar valores superiores ao pleiteado ou ao ofertado caso entenda serem estes inadequados. Zeno Veloso, citado por Didier Jr., Sarno e Oliveira, (2011, p. 316) defende:

O credor pode concordar com o valor sugerido pelo devedor, e o juiz arbitrará o *quantum* dos alimentos. Mas a atuação do juiz não é passiva – sendo necessária, ainda, a intervenção do Ministério Público –, e mesmo que o credor não reclame do valor da oferta, pode o juiz, conforme as circunstâncias, e sopesando as necessidades do(s) alimentado(s) e as possibilidades do alimentante.

Citado na mesma obra, Yussef Said Cahali, partilha do mesmo entendimento: “Assim, pode o juiz, tanto na oferta do devedor como no pedido do credor fixar os alimentos em quantitativo superior ao pretendido na inicial, sem importar arbitramento em decisão *ultra petita*, ou *extra petita*”.

O Superior Tribunal de Justiça tem acolhido tal entendimento doutrinário, conforme demonstram os recentes julgados:

CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO INVESTIGATÓRIA DE PATERNIDADE CUMULADA COM ALIMENTOS. SENTENÇA CONDENATÓRIA. APELAÇÃO RECEBIDA NO EFEITO DEVOLUTIVO. POSSIBILIDADE DE COBRANÇA DE

⁶ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AgRg no Ag 1232820. T5. Min. Laurita Vaz j. 26/10/2010. DJe. 22/11/2010.



PENSÃO PROVISÓRIA. JULGAMENTO *EXTRA* E *ULTRA PETITA* NÃO CONFIGURADO. SÚMULA N. 7-STJ. MULTA APLICADA AOS ACLARATÓRIOS. IMPUGNAÇÃO DEFICIENTE.

I. A condenação aos alimentos fixados em sentença de ação de investigação de paternidade pode ser executada de imediato, pois a apelação que contra ela se surge é de ser recebida no efeito meramente devolutivo.

II. O pedido de pensionamento formulado nessa espécie de demanda é meramente estimativo, não se configurando decisão *ultra* ou *extra petita* a concessão de valor maior que o postulado na exordial. Precedentes do STJ.⁷ (grifos originais)

Ao proferir seu voto no supracitado julgado, o Ministro Aldir Passarinho Júnior, relator, afirma:

Tampouco há que se falar em nulidade do acórdão objurgado, eis que os alimentos reclamados na exordial são meramente estimativos, a sua fixação se faz após a instrução do processo, inclusive porque, ao postular, sequer o autor ou sua representante sabem, com precisão, quais as exatas fontes de renda do réu investigado, o que somente vem revelado com a prova que é feita depois, no curso da lide. [...] Apreciando hipóteses semelhantes, a Egrégia 3ª Turma assim se pronunciou: “CIVIL E PROCESSUAL CIVIL - AÇÃO REVISIONAL DE ALIMENTOS - FIXAÇÃO EM VALOR SUPERIOR AO PEDIDO NA INICIAL - DECISÃO *ULTRA PETITA* NÃO CARACTERIZADA. I - Os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada (art. 400, do Código Civil). Não constitui decisão *ultra petita* o eventual arbitramento em montante superior ao do pedido na inicial, uma vez que este serve, apenas, de mera estimativa. II - Na determinação do *quantum*, o

⁷ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Resp 595.746. T4. Min, Aldir Passarinho Júnior. j. 02/12/2010. DJe. 15/12/2010. p.152



juiz, no uso do prudente arbítrio, deve ter em conta as condições sociais do alimentado. Em tais casos, ocorrendo fato superveniente ao ajuizamento da ação, influenciador do julgamento da causa, cumpre ao magistrado tomá-lo em consideração ao decidir. Deve a tutela jurisdicional compor a lide como a mesma se apresenta no momento da entrega (art. 460, do CPC).
III - Recurso não conhecido.”.⁸

6 CONCLUSÕES

O princípio da demanda, como um dos sustentáculos da segurança jurídica, possui importância fundamental no ordenamento jurídico, contudo, diante de todo o exposto resta claro que, em muitos casos, torna-se obstáculo à justiça, isto é, a uma prestação jurisdicional efetiva, capaz de tutelar direitos em vez de declará-los, sendo, por isso, imprescindível a sua flexibilização.

As mitigações ao princípio da congruência são corolários da nova concepção processual que adveio com o Estado Constitucional Democrático, o qual conferiu prioridade aos direitos fundamentais e força normativa aos princípios.

A linha sobre a qual se apóiam as mitigações ao princípio da demanda é tênue e caminha entre a tutela efetiva de direitos e a segurança jurídica, pela qual sempre se pautou o Processo Civil. Por essa razão apresentam-se ainda em caráter excepcional e a jurisprudência se mostra cautelosa.

Resta clara a importância de relativizar a congruência ao pedido diante do caso concreto, no entanto há que se ter prudência para evitar que a maior de liberdade facultada aos magistrados com objetivo de promover o acesso à justiça dê azo a arbitrariedades. Há que se apelar ao bom senso das autoridades judiciárias, tendo como via de controle o princípio da razoabilidade, e sem perder de vista o respeito a princípios como o do contraditório e do devido processo legal. Observados esses parâmetros, entende-se pela fundamentalidade das mitigações à congruência.

Em face da previsão legal de dispositivos que facultam aos

⁸ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Resp 39.201. T3. Min, Waldemar Zveiter.j. 02/08/1994. DJ 12/09/1994 p. 23.761.



magistrados decidir além ou fora dos pedidos, e ainda em razão das construções doutrinárias e jurisprudenciais que surgem nesse horizonte, a perspectiva que se tem é de que as hipóteses de flexibilização sejam cada vez mais comuns diante da complexidade das relações jurídicas.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Arruda. **Manual de Direito Processual Civil**: processo de conhecimento. V. 2. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

ARENHART, Sérgio Cruz. Reflexões sobre o princípio da demanda. In: FUX, Luiz; NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Celina Arruda Alvim (Org.). **Processo e constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. Disponível em: < http://ufpr.academia.edu/SergioCruzArenhart/Papers/153638/Reflexoes_sobre_o_principio_da_demanda>. Acesso em: 02 set 2011.

BUENO, Cássio Scarpinella. Bases para um pensamento contemporâneo do direito processual civil. In: CARNEIRO, Athos Gusmão. CALMON, Petrônio (org.). **Bases científicas para um renovado direito processual**. 2 ed.. Salvador: Jus Podivm, 2009. Disponível em: <<http://www.fadiva.edu.br/Documentos/posgraduacao/materiaispos/Mauricio/basesparaumpensamentointemporaneododireitoprocessualcivil.pdf>>. Acesso em: 13 set. 2011.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e argumentação**: uma contribuição ao estudo do Direito. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Direito do Consumidor**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

CHELOTTI, João Paulo. **Benefícios previdenciários por incapacidade e o princípio da congruência no Direito Processual Civil brasileiro**. Jus



Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2773, 3 fev. 2011. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/18409>>. Acesso em: 26 ago. 2011.

CRUZ, Danilo Nascimento; CRUZ, Karine Rodrigues Piauilino. **Processo Civil contemporâneo**: aspectos conceituais, constitucionalização e tutela jurisdicional efetiva. Revista do Tribunal Regional da 1ª Região, Brasília, v. 22, n. 8, out. 2010. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/O%20PROCESSO%20CIVIL%20CONTEMPORANEO%20-%20ASPECTOS%20CONCEITUAIS.pdf>>. Acesso em: 10 set. 2011.

DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**. V.2. 6.ed. Salvador: Jus Podivm, 2011.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. Vol. 3. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: direito das coisas. V. 5. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme. As novas sentenças e os novos poderes do juiz para a prestação da tutela jurisdicional efetiva. **Genesis - Revista de Direito Processual Civil**, n. 29, jul./set., 2003. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Luiz%20G.%20Marinoni%203%29%20-%20formatado.pdf>>. Acesso em: 10 set 2011.

_____. **Do processo civil clássico à noção de direito à tutela adequada ao direito material e à realidade social**. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 335, 7 jun. 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/5046>>. Acesso em: 30 ago 2011.

_____. **Direito fundamental de ação**. Disponível em: <<http://>



atualizaçãojuridica.com.br/ artigos/direito-processual-civil/102-direito-fundamental-de-acao-marinoni > 2007?. Acesso em: 13 de set 2011.

MONTESQUIEU. **O espírito das leis**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Notas sobre o problema da 'efetividade' do processo**. In: Temas de direito processual, 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 33

SANTOS, Sandro de Rezende. **A nova perspectiva do princípio da adstrição no Código de Processo Civil**. Conteúdo Jurídico, Brasília: 29 out. 2010. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.29489>>. Acesso em: 26 ago. 2011.

EL PRINCIPIO DE LA DEMANDA Y LAS RELATIVIZACIONES DE LA CONGRUENCIA COM EL PEDIDO ANTE EL NUEVO PROCEDIMIENTO CIVIL

RESUMEN

Este artículo discute el principio de la demanda, destacando la relativización que sufrió debido a la nueva perspectiva procesal constitucional contemporánea, cuya máxima es garantizar una prestación jurisdiccional efectiva, es decir, rápida y eficaz. De este modo, en contraposición a muy valorada seguridad jurídica, aparece cierto grado de relajamiento de la correlación de la sentencia a las peticiones de las partes, permitiendo que el juez tenga una mayor libertad de decisión. Hay medidas de mitigación ya definidas por el legislador en disposiciones del Código de Procedimiento Civil, así como ya emergen entendimientos jurisprudenciales que eliminan



la nulidad de las decisiones que están más allá o fuera del pedido. Esto es aplicable a acciones que buscan los beneficios previdenciários y también las acciones de alimentos.

Palabras clave: Nuevo Procedimiento Civil. Principio de la Demanda. Adecuación a la petición. Mitigación.



OS COMPORTAMENTOS CARACTERIZADORES DO ASSÉDIO MORAL E SEUS ELEMENTOS DE DEGRADAÇÃO DAS CONDIÇÕES DO AMBIENTE LABORAL

Lauro Ericksen Cavalcanti de Oliveira

Acadêmico do 7º período do Curso de Filosofia
da UFRN

RESUMO

O presente trabalho trata da questão descritiva dos comportamentos característicos do assédio moral como forma de degradação do ambiente de trabalho. O seu objetivo geral consiste em escrutinar os ambientes e as formas como essa forma de agressão se dá durante a relação empregatícia, busca-se traçar um panorama geral de como os assediados e os assediadores interagem em um mesmo espaço comum e como as mais diversas abordagens comportamentais são elementos definidores da violência psicológica praticada no mencionado ambiente de trabalho. Os objetivos específicos do trabalho em comento consistem em escrutinar os grupos de atuação dos assediadores, delimitar as suas formas violentas de atuação e indicar o enquadramento legal de tais ações ilícitas e danosas. Metodologicamente, recorre-se aos fundamentos psicológicos de Heinz Leymann e de Marie-France Hirigoyen para escrutinar as formas comportamentais dos agressores morais no ambiente laboral, traçando assim, didaticamente os grupos de ação tal como propostos por Leymann e posteriormente analisando as classes comportamentais descritas por Hirigoyen. Como

resultado dessa pesquisa se observa que a doutrina jurídica começa a prestar mais atenção para esse fenômeno de degradação do ambiente de trabalho, ainda que pesem algumas correntes dissonantes nessa análise, restando, ainda algum espaço para implementação do estudo do tema.

Palavras-Chave: Direito do Trabalho. Psicologia do Trabalho. Assédio Moral.

1 INTRODUÇÃO

As condições de trabalho na atualidade vêm sendo cada vez mais degradadas e subjugadas a níveis deploráveis. Com base nesse contexto laboral, o presente trabalho tem o objetivo geral de abordar a vivência cotidiana de um fenômeno social-histórico que cada vez mais atormenta os empregados em seus ambientes de trabalho: o assédio moral. Partindo da premissa básica e inarredável que o assédio moral é o principal elemento degradante das condições de trabalho, os objetivos específicos do mencionado artigo consistem em escrutinar os grupos de atuação dos agressores (assediadores), delimitar as suas formas de atuação e indicar o enquadramento legal de tais ações danosas.

Como metodologia dessa empreitada, há de se recorrer, basicamente a dois enquadramentos básicos dos comportamentos assediadores, o grupo de ações determinativas designadas por Heinz Leymann e as classes de ações agressivas de Marie-France Hirigoyen. Os resultados dessa análise indicam que tanto os doutrinadores quanto os órgãos responsáveis pelo esforço jurisprudencial já atentaram para a existência desse enorme problema laboral, ainda que ocorram certas dissonâncias interpretativas na aplicabilidade prática de alguns institutos correlatos ao tema, algo que ainda deixa bastante vaga a efetiva punição normativa dos assediadores.

2 O AGRUPAMENTO DOS COMPORTAMENTOS DOS AGRESSORES

Buscando definir um padrão para as ocorrências de assédio moral, os pesquisadores descreveram quais os comportamentos mais usuais e os



reuniram em grupos de análise segundo a forma imposição da agressão. Dentre a miríade de modelos teóricos apresentados, os dois de maior relevo são apresentados por Heinz Leymann e Hirigoyen. Leymann (1996, p. 172) descreve o fenômeno baseado em cinco consequências agrupadas de maneira integradas para expor “um conflito cuja ação visa à manipulação da pessoa no sentido não amigável”.

O primeiro dos grupos de análise dessa ação se desenvolve quanto à comunicação com a pessoa atacada, tendendo à interrupção dessa comunicação. Com esse fito, as autoridades fazem ameaças verbais contra o ofendido, grassam a disseminação de boatos com o fim de isolá-lo, acabam por silenciar o trabalhador e lhe tolgem a possibilidade de comunicação adequada tanto com seus pares, e em alguns casos até mesmo com os órgãos que lhes poderia prestar assistência (como sindicatos, Ministério do Trabalho e Ministério Público do Trabalho).

O grupo seguinte de comportamentos a ser analisado é uma extensão do previamente analisado, uma vez que o presente grupo visa impedir que o assediado mantenha ou aperfeiçoe os contatos sociais que já possui. Assim sendo, é usual que os colegas de trabalho evitem o assediado ou simplesmente não falem com ele, nem no ambiente laboral (a não ser o estritamente necessário para o desempenho habitual das atividades) nem fora dele, os superiores até incitam essa prática, proibindo que os outros falem com ele, visando assim cortar qualquer forma de convívio social (atitude popularmente conhecida como “dar um gelo em alguém”). O assediado também é designado para trabalhar em locais isolados e por fim é um rejeitado e considerado ninguém.

Outro grupo de comportamentos se assenta sobre tentativas de denegrir a reputação da pessoa atacada. Desta feita, o assediado é submetido à ridicularização e zombaria (a jurisprudência amplamente reconhece tais elementos¹). Patranhas e aldravices são ditas sobre si sem que possuam algum

¹ TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO - RECURSO DE REVISTA. ASSÉDIO MORAL. CONFIGURAÇÃO. Verifica-se pelo Regional que o reclamante e demais vendedores, quando não atingiam as metas, eram xingados, expostos a zombarias, a brincadeiras constrangedoras e a situações ofensivas, e o que variava era a maior ou menor agressividade dos superiores, mas sempre presente a intenção de humilhar o vendedor. Nesse contexto, denota-se que era evidente a prática de constranger os empregados com “brincadeiras” e xingamentos, expondo de forma humilhante e vexatória o reclamante diante dos colegas de trabalho, atitudes que abalam a honra e a moral e não representam atitudes condizentes com o que se espera de um ser humano, além de demonstrar



fundamento. É comum que os ofensores caçoem de alguma (suposta) falta de habilidade, de sua maneira de se movimentar ou de falar (seu sotaque, por exemplo). Tais condutas tendem a manipular a dignidade profissional da pessoa agredida. Nesse sentido, impende destacar que essas formas de agressão indubitavelmente vilipendiam o patamar mínimo civilizatório (DELGADO, 2007, p. 1323) do empregado, uma vez que aniquilam o ambiente de trabalho, desrespeitando normas de saúde e segurança laborais vigentes. Ainda trilhando o grupo de atitudes que visam impossibilitar o assediado de manter a sua reputação pessoal, é possível até mesmo que os agressores diminuam o assediado em função de sua herança étnica. Isso é algo que além do efetivo dano moral, pode ocasionar a abertura de inquérito criminal para possivelmente averiguar condutas de injúria racial. Dentro da literatura jurídica, vários exemplos podem ser pinçados para ilustrar as situações de zombaria descritas. Para citar dois deles, tem-se o caso da “loira burra”² e do “empregado

o desprezo da reclamada pela dignidade de seu empregado. Esclareça-se, ainda, que o fato de as testemunhas exemplificarem situações que não constavam na inicial, não configura inexistência de prova, haja vista que a questão a ser provada é o constrangimento moral decorrente das brincadeiras de mau gosto e das agressões verbais vindas da reclamada, que foram suficientemente demonstradas”. Recurso de Revista – Proc. Nº 229100-17.2006.5.09.0006. Órgão Julgador: 8ª Turma. Relatora Ministra: Dora Maria da Costa. Data de Julgamento: 04/08/2010. Data de Publicação: 06/08/2010. p. 456.

²TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 17ª REGIÃO (ESPÍRITO SANTO) - DANO MORAL. LOIRA BURRA. PROVA TESTEMUNHAL ROBUSTA – Em casos como tais, se torna difícil uma comprovação da ofensa, uma vez que, geralmente, esses ocorridos podem significar apenas uma forma jocosa de tratamento, necessitando, pois, de prova robusta, o deferimento de uma indenização por dano moral. E, no caso que se apresenta, essa prova de fato existe, como se constata da oitiva (sic) testemunhal, onde (sic) restou evidenciado que a fiscal de caixa tratava de forma rude todas as operadoras de caixa, utilizando-se de expressões ofensivas”. (Recurso Ordinário – Proc. Nº 00018.2001.004.17.00.3 – Ac. 6164/2002 – Rel. Juiz Hélio Mário de Arruda – Data da Publicação: 15.07.2002. p. 389.

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 3ª REGIÃO (MINAS GERAIS) - DANO MORAL. ATO OFENSIVO À HONRA. A ALCUNHA “LOURA-BURRA”. CONFIGURAÇÃO. Do ponto de vista objetivo, a inexistência, em tese, de ofensa à reputação da empregada não afasta, por si só, a existência do dano, pois tal lesão é de ordem moral, íntima e psicológica, não se confundindo com o dano à imagem, que é de natureza objetiva. Do ponto de vista da honra subjetiva, a alcunha “loura-burra” ultraja iniludivelmente a dignidade da empregada. Tal alcunha, ainda que dita a pretexto de brincadeira, é desrespeitosa e, efetivamente, tange a intimidade moral da trabalhadora. Não se pode mais compactuar com atitudes que venham a reproduzir preconceitos. “O aprimoramento da intangibilidade da sensibilidade moral do cidadão constitui produto alvissareiro do desenvolvimento gradativo dos direitos humanos”. Recurso Ordinário – Proc. Nº 9371/01 (Recurso Ordinário). Órgão Julgador: Terceira Turma. Relator: Convocado José Eduardo



tartaruga do mês” (haja vista que ofende moralmente o trabalhador a entrega pela empresa em convenção nacional de um “Troféu Tartaruga”³, instituído para a equipe que realizasse menos vendas, seguida da obrigação de manter a respectiva estatueta na mesa de trabalho por seis meses). Em síntese, os agressores agem como se houvesse um labéu ou alguma outra mácula indelével na honra do assediado, de maneira que fazem questão de expor e repisar tal fato de maneira pública e notória, compartilhando tais fatos com os demais empregados e chefes no ambiente laboral.

O quarto grupo de ações a ser abordado tem por escopo afetar as possibilidades do empregado de manter a sua situação de trabalho. Existem duas ações básicas que compõem esse grupo: a não designação de tarefas e a designação de tarefas sem sentido. À primeira vista, pode-se pensar que não receber nenhuma tarefa de trabalho pode ser algo bom para o empregado. Muitos podem dizer que isso seria o mesmo que “tirar férias” no ambiente de trabalho, afinal, nenhuma responsabilidade recairia sobre ele. Todavia, há de se pontuar que essa é uma reflexão errônea sobre tal fato. Inicialmente pode até ser que o empregado possa encarar tal situação como uma “folga”, mas, no decorrer dessa não-atividade, ele logo notará que esse ato na verdade afronta sua auto-estima. Ao não designar nenhuma tarefa ao empregado, muito embora ele esteja à disposição do empregador para laborar, denota, mesmo que indiretamente, que o seu superior não deposita o mínimo de confiança nas suas capacidades para que ele execute algum serviço. E isso vai contra um dos princípios básicos do direito do trabalho, que é a confiança genérica no empregado, algo que é derivado do próprio elemento da personalidade do contrato de trabalho (art. 3º da CLT). Tal espécie de confiança está presente em todos os contratos de trabalho e exige um mínimo de fidedignidade por parte do empregador (BARROS, 2008, p. 268). Ao ocorrer a recusa do empregador

de Resende Chaves Júnior. Revisor: José Murilo de Moraes. Data de Publicação: 18.09.2001. p. 7.

³ TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 3ª REGIÃO (MINAS GERAIS) - INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. OFENSA AO EMPREGADO. Ofende moralmente o trabalhador a entrega pela empresa em convenção nacional de um “Troféu Tartaruga”, instituído para a equipe que realizasse menos vendas, seguida da obrigação de manter a respectiva estatueta na mesa de trabalho por seis meses. “Existem formas variadas de incentivar empregados a alcançar os resultados pretendidos pela atividade econômica, sem ridicularizar a pessoa ou denegrir a imagem profissional.”. Recurso Ordinário – Proc. Nº 01365-2008-024-03-00-0 (Recurso Ordinário). Órgão Julgador: Nona Turma. Relator: Convocado João Bosco de Barcelos Coura. Revisor: Emília Facchini. Data de Publicação: 28.10.2009. p. 137.



em repassar serviço ao seu subordinado, este se sente impotente, começa a desconfiar de suas próprias capacidades laborais, e, não raramente, atribui a culpa para tal situação a si próprio.

A outra forma de imposição de assédio, através da designação de tarefas sem sentido é um pouco mais sub-reptícia que a anterior. Por vezes, é comum que o empregado, por não ter a compreensão de todo o processo produtivo em que está integrado, nem tenha como dimensionar essa forma de assédio imediatamente, afinal, ele está apenas a seguir ordens. Todavia, o assédio de completa justamente no momento em que o assediado toma consciência de que suas atividades são designadas de maneira desconexa e que seu trabalho em nada acrescenta ao setor produtivo (em sentido amplo) do local em que trabalha. Somente a partir desse momento que o empregado assediado pode perceber que as tarefas que lhe são atribuídas são apenas uma forma indireta de gastar seu tempo de serviço, e que ele finda por ser inutilizado no seu labor. Essa é uma das formas mais disfarçadas que o assédio pode ser promovido, uma vez que o isolamento do empregado ocorre paulatinamente, e geralmente nem suscita a atenção de outros colegas de trabalho do assediado, que continuam a vê-lo trabalhando, sem saber o real intento ilícito das tarefas repassadas.

O ápice do isolamento ocorre quando há a “invisibilidade” do ente laboral (VIEIRA, 2008, p. 48). A invisibilidade é construída por ausências, aspectos da realidade e da experiência social ocultados, apagados por “totalidades” que não os incorporam e, enfim, produzidos como não-existentes. Embora isso, à primeira vista, possa parecer deveras abstrato e algo mais tendente para o filosófico que para o revolvimento psicológico do quadro de assédio moral na prática, Boaventura de Sousa Santos (2006, p. 102) explica que há a produção de não-existência sempre que uma dada pessoa é desqualificada e tornada invisível, ininteligível ou descartável de um modo irreversível para o processo produtivo em que se insere. Esse, portanto, é o estágio final da apartação do empregado de seu ambiente laboral, quando ele se torna invisível dentro do próprio meio em que atua.

O último grupo de ações que caracterizam assédio moral abarca a impossibilidade de o assediado manter a sua saúde física. Preliminarmente, há de se destacar que a simples prática da designação de qualquer tarefa que importe a existência de perigo manifesto de mal considerável é justa causa para a dispensa indireta, nos ditames do art. 483 da CLT, alínea c. Criando-se, assim, condições para a desconstituição da relação de emprego com responsabilidade do empregador, tendo direito a todas as verbas rescisórias



(NASCIMENTO, 2010, p. 1216). Ademais, esse grupo de ações assediadoras congloba agressões físicas aos empregados, algo que segundo o mesmo dispositivo celetista anteriormente citado, especificamente na alínea *f*. Dando ensejo ao rompimento do vínculo celetista e possível pleito de danos materiais, morais e, quiçá, estéticos.

Nesse sentido Maria Aparecida Alkimin (2006, p. 92) também trilha o entendimento de que:

Sob o prisma das obrigações contratuais, todas as atitudes, gestos, comportamentos, palavras caracterizadoras do assédio moral se enquadram nas hipóteses tipificadas no artigo 483 da CLT, consubstanciando grave violação patronal das obrigações legais e contratuais, além de violar o dever geral de respeito à dignidade e intimidade do trabalhador, legitimando a despedida [*sic*] indireta por justa causa ou falta grave do empregador.

No discurso de Alkimin há de se salientar apenas que o mais correto seria se valer do termo “dispensa indireta” e não “despedida”, haja vista que dispensa é um ato volitivo da parte contrária àquela que está sendo posta para fora. Nesse caso, a dispensa é indireta, pois o empregador que provoca a saída do empregado por cometer uma falta grave que promove a resolução do contrato de trabalho. Superando essa imprecisão técnica, e se atendo ao conteúdo enunciado pela referida doutrinadora, há de se ter em comento que, seguindo essa mesma vertente interpretativa, Altamiro dos Santos (1997, p. 288) aduz que o empregador ou seus prepostos não têm o direito de atingir a dignidade e respeito próprios do operário ou daqueles que lhe são caros, tanto em serviço ou fora dele.

2.1 O Enquadramento Legal dos Atos dos Assediadores

Para a melhor compreensão dos modos comportamentais daqueles que praticam o assédio moral, é de grande importância se apontar quais elementos típicos legais as condutas de assédio moral se amoldam. Inicialmente, cabe enunciar que é cabível a sua subsunção ao tipo penal estatuído no art. 146 do Código Penal, sob a epígrafe de constrangimento ilegal.

Esse tipo consiste em constranger alguém, mediante violência ou



grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer outro meio, a capacidade de resistência, a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda. Ou até mesmo outros tipos mais especificamente relacionados com a violência empregada (lesão corporal, art. 129 do CP – por exemplo). É bastante comum que se fale apenas de dispensa nas hipóteses de haver assédio descendente, no entanto, há de se lembrar de que no caso de assédio ascendente ou horizontal também deverá ser procedida a dispensa do empregado, desta vez por sua justa causa. É também usual que nesse caso a doutrina (ALKIMIN, 2006, p. 104) aponte que o fundamento legal seriam as alíneas *b* (que inclui o mau procedimento e a incontinência de conduta) e *k* (que trata dos atos lesivos da honra ou da boa fama ou ofensas físicas praticadas contra o empregador e superiores hierárquicos – sendo essa alínea aplicável exclusivamente ao caso do *assédio ascendente*) do artigo 482 da CLT. No caso da configuração do assédio moral em acordo com a alínea *b* do art. 482, deve-se atentar que há uma dupla caracterização: incontinência de conduta e mau procedimento.

Existe uma corrente doutrinária que defende que incontinência de conduta é comumente associada ao desregramento moral do empregado, sem que isso necessariamente esteja ligado ao desvio ou exacerbação sexual (CASSAR, 2010, p. 1.058), bem porque, se assim o fosse de forma exclusiva, essa figura de dispensa estaria atrelada apenas ao assédio sexual (que será perscrutado mais adiante). Mozart Victor Russomano (1999, p. 203) também se associa com essa corrente doutrinária, embora seja precavido ao advertir que a incontinência de conduta quase sempre se vincula ao comportamento sexual do empregado.

Ocorre também haver outra corrente encampada por juristas consagrados, como, por exemplo, Maurício Godinho Delgado (2007, p. 1.194), Arnaldo Süßkind (2002, p. 331), Alice Monteiro de Barros (2008, p. 886), Sérgio Pinto Martins (2001, p. 325) e Antônio Lamarca (1983, p. 337). Segundo esses autores, a incontinência de conduta é obrigatoriamente um desregramento da conduta sexual do empregado (seja ela ou não realizada no ambiente laboral) que descamba para a libertinagem, pornografia, assédio sexual e outras condutas assemelhadas. Nesse sentido, a prática da incontinência de conduta pode ocasionar o assédio sexual propriamente dito, tal como se depreende da decisão exarada no processo Nº 2211/94 do TRT da 3ª Região. Mesmo com um entendimento um pouco diferente, também se filiam a esse segundo posicionamento doutrinário Amauri Mascaro Nascimento (2010, p. 1.212) e Valentin Carrión (2003, p. 364). Esses juristas compreendem que a



incontinência de conduta é um comportamento irregular, porém incompatível com a moralidade sexual e desde que relacionada com o emprego, com a consequente perda da respeitabilidade e do bom conceito, comportamento desordenado em público, com desvio ou abuso da sexualidade.

No resumo geral do quadro doutrinário, mesmo se considerando que a segunda corrente é majoritária e defendida por grandes autoridades do direito do trabalho, há de se indicar que a primeira corrente é a mais adequada a ser aplicada aos casos de assédio moral. Isso porque não restringe a sua aplicabilidade apenas a casos de cunho sexual, implementando a maior proteção do ambiente laboral. Um dos problemas decorrentes da adoção dessa corrente é que finda por haver uma definição conceitual bastante similar (para não se dizer identificação) entre o mau procedimento e a incontinência de conduta. Isso não é de todo grave, haja vista que ambas as atitudes conflagram uma dispensa por justa causa do empregado, de modo que o problema reside apenas no campo da teoria do direito.

Não obstante, há quem busque diferenciar essas duas figuras contidas na alínea *b* do art. 482 da CLT. Uma das conceituações de mau procedimento é a trazida à baila por Dorval Lacerda (1941, p. 50), para esse autor, essa figura típica se amolda aos “atos contrários ao bom viver, à discrição pessoal, às atitudes físicas corretas, o respeito à paz e ao decore de terceiros”. Baseando-se nessa conceituação, Wagner Giglio (1993, p. 70) indica que essa congregação de “atos ofensivos” (em sentido estrito) devem ferir as regras de bem viver e de respeito genérico, a partir de atos de impolidez, de grosseria e de falta de compostura que ofendam a dignidade. Dada essa breve conceituação, é de grande monta aduzir que existem duas correntes para a configuração espacial desses atos que evocam a dispensa justificada do empregado. Délio Maranhão e Luiz Inácio Barbosa Carvalho (1993, p. 245), por exemplo, defendem que esses atos para ensejarem a justa causa devem ocorrer necessariamente dentro do local de trabalho. De outra volta, Alice Monteiro de Barros (2008, p. 887) e Dorval Lacerda (1976, p. 50) compreendem que tais atos de mau procedimento podem ocorrer tanto dentro quanto fora do ambiente laboral, desde que atinjam outros empregados ou superiores hierárquicos em sua ocorrência extra-laboral. Em síntese, tem-se que a incontinência de conduta não é necessariamente um ato ofensivo de cunho sexual que dá azo a dispensa indireta, indiscutivelmente há de se asseverar que são atos que ofendem a moralidade dos indivíduos atingidos por seu conteúdo.

De outra banda, o mau-procedimento, quando consubstanciar assédio moral, não necessariamente ofende a moral dos outros agentes



laborais, ele corrói outros elementos menos incisivos, de maneira que apenas atinge regras de condutas mais genéricas, de cunho ético. Essa é a única diferenciação factível para que haja uma repartição epistemológica entre as duas figuras, dentro da conceituação de assédio moral, sem que se venha a recair em uma explicação de ordem sexual para os vilipêndios ocasionados pela incontinência de conduta. Entrementes, voltando-se ao elenco das formas de impressão de assédios, a última forma de impingir danos à saúde física do assediado como anotou Leymann subsiste no assédio sexual propriamente dito. Apesar de o assédio sexual possuir outras reverberações além do mero dano físico, como se verá mais adiante, o referido pesquisador preferiu incluí-lo nessa categorização mais genérica.

2.2 A Repetição e a Intencionalidade como Critérios Distintivos do Assédio Moral

A outra importante classificação das situações que ensejam assédio moral foi formulada por Marie-France Hirigoyen. Ela diferenciou as atitudes hostis em quatro categorias gerais, definindo-as segundo um critério de repetição e intencionalidade, as quais caracterizam o assédio moral no âmbito laboral. Ainda que alguns dos aspectos denotados por ela sejam bastante semelhantes aos indicados por Heinz Leymann, há de se salientar que a sua descrição é deveras mais minuciosa e aprofundada que a oferecida pelo psiquiatra germano-nórdico.

A primeira das categorias elencadas pela psiquiatra francesa é a da *deterioração proposital das condições de trabalho*. Dentre as atitudes operadas, destaca-se a retirada da autonomia da vítima. O seu empregador (ou superior hierárquico) não lhe transmite mais as informações úteis para a realização de tarefas. Ademais, o assediador passa a contestar sistematicamente todas as decisões do ofendido. Criticando seu trabalho de forma injusta e desmensurada. Na sua progressão agressora, o agente delitivo também priva o assediado do acesso aos seus instrumentos ou meios de trabalho, isso quando não finda por retirar-lhe todo o trabalho que normalmente lhe compete.

Ao invés disso, pode ser que o assediador adote outra tática. Pode passar a dar permanentemente novas tarefas, atribuições estas não condizentes com a atuação laboral do assediado, na maior parte dos casos analisados, de modo que, muitas vezes, acaba-se por atribuir ao assediado, de maneira proposital e sistemática, tarefas claramente superiores ou inferiores às suas competências. Em síntese, dando-lhe deliberadamente instruções



impossíveis de serem executadas ou simplesmente induzindo-o ao erro. Exemplificativamente, pode o chefe designar que um trabalhador intelectual, um analista de sistemas, passe a executar serviços gerais, como limpeza e manutenção de sua unidade (serviços braçais) – uma tarefa claramente diversa e abaixo das suas competências específicas. Enquanto que ao auxiliar de serviços gerais o superior hierárquico é exigido que seja entregue um balanço contábil de todas as movimentações financeiras da sociedade empresária – uma tarefa que de modo patente soçobra as suas capacidades laborais. Em ambos os exemplos, denota-se que o valor do trabalho designado proporciona um desequilíbrio e uma desestabilização emocional do assediado, pois, ou ele percebe que os seus serviços são sub-avaliados pelo seu superior hierárquico, ou ele se sente impotente de realizar as tarefas dadas a ele, fazendo com que floresça o sentimento de incapacidade em sua estrutura mental.

A deterioração das condições de trabalho também ocorre quando a vítima é pressionada para que não faça valer os seus direitos (férias, abonos, horários, prêmios, auxílio-doença e outros direitos trabalhistas e previdenciários). Ou quando seus superiores agem de modo que ela não obtenha promoções. Outra forma de implementar essa degradação se foca na atribuição ao assediado, contra a sua vontade, trabalhos perigosos ou trabalhos incompatíveis com a sua saúde. E também causando danos ao seu local de trabalho. Nesse sentido, pode-se não levar em conta recomendações de ordem médica indicadas pelo médico do trabalho para as tarefas específicas a serem desempenhadas por aquele que está a ser alvo do assédio.

A segunda categoria descrita por Hirigoyen (2002, p. 72) diz respeito ao isolamento e recusa de comunicação do assediado. Nesse horizonte, é comum que a vítima seja interrompida constantemente enquanto tenta discursar e que seus superiores hierárquicos e demais colegas de trabalho não dialoguem com ela. É possível que a comunicação com ela seja feita unicamente por escrito e que se recuse todo o contato, até mesmo o contato visual, com ela. O assediado finda por ser colocado em separado dos outros.

Outra categoria definida pela pesquisadora francesa se foca em atentados contra a dignidade do assediado. Para tanto, se utilizam de insinuações desdenhosas para qualificá-lo e fazem gestos de desprezo e indiferença diante dele (tais como suspiros, olhares desdenhosos, levantam os ombros, dentre outras expressões corpóreas similares). Nesse caso o assediado é desacreditado diante de colegas, superiores e subordinados através da dispersão de rumores a seu respeito. Também podem atribuir-lhe problemas de ordem psicológica (dizendo que a vítima é doente mental ou “retardada”). Além



disso, zombam de suas características físicas ou de seu aspecto físico, sendo constantemente imitada ou caricaturada. É bastante comum que critiquem sua vida privada e zombem de sua origem ou sua nacionalidade. Implicam com suas crenças religiosas e convicções políticas. Nos casos mais extremos, o assediado é injuriado com termos obscenos e degradantes.

A última das categorias postuladas por Hirigoyen é a dos atos que configuram violência verbal, física ou sexual. Inicialmente, falam com a vítima apenas por meio de gritos e há apenas ameaças de violência física por parte do assediador. Posteriormente, a vítima é agredida fisicamente, mesmo que de forma leve, é empurrada ou fecham-lhe a porta diretamente em sua face. Em muitas vezes, seus problemas de saúde não são levados em consideração. É usual que invadam sua vida privada com ligações telefônicas ou cartas. A vítima é perseguida nas ruas e espionada em seu domicílio. Perpetram-se estragos em seus bens pessoais, destroem seu automóvel. Por fim, o assediado é agredido sexualmente (tanto por gestos como com propostas indecentes).

Por fim, há de se asseverar que essas situações típicas de assédio e limitações impostas decorrentes do assédio moral preteritamente citadas na exposição em tela apenas sintetizam uma amostra das expressões mais comuns e reincidentes nos casos de assédio moral nas relações laborais. Não obstante, deve-se pontuar que existem muitos outros comportamentos que podem ser utilizados de forma mal-intencionada e serem usados para deflagrar um processo de assédio moral. Assim, é precipitado e equivocado compreender os indicadores anteriormente elencados como sendo definitivos e suficientes para o diagnóstico de qualquer realidade fática. Em síntese, os elementos citados não são *numerus clausus*, havendo uma miríade de outros comportamentos que podem dar ensejo ao um quadro de assédio moral, ainda que se tenha a compreensão de que, na maioria dos casos, os elementos comportamentais que fomentam indícios de assédio moral foram descritos no trabalho em tela.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Finalmente, há de se ter em conta que as principais formas comportamentais do assédio moral no ambiente laboral foram postas em relevo, tanto nas considerações de Leymann, quanto nas ponderações psicológicas de Hirigoyen. O importante de se sublinhar a título de fechamento do presente trabalho é que as instituições públicas, de fundamento jurisdicional, já se encontram alertadas para o crescente fenômeno do assédio moral laboral



como um elemento ilícito presente nas relações trabalhistas. O problema a ser apontado como derradeiro na presente consideração é que, alguns dos julgadores, ainda não possuem a bagagem necessária para a compreensão total desse fenômeno social, principalmente por desconhecerem as características psicológicas que envolvem essa ocorrência ilícita que finda por degradar cada vez mais o ambiente de trabalho dos assediados. O problema dessa (falta de) compreensão é que, muitas das vezes, comportamentos característicos dos assediadores passam despercebidos por aqueles que deveriam punir tais desregramento.

Em síntese, há de se concluir que o presente trabalho não esgota todas as formas comportamentais de assédio moral nas relações trabalhistas, ele apenas indica as modalidades mais comuns e corriqueiras desse danoso acontecimento, e lança uma alerta para o levante dessas formas agressivas de degradação das condições de trabalho atuais. Buscando, dessa maneira, servir de um implemento teórico de análise psicológica desse elemento tão caro ao direito do trabalho que é o ambiente em que o labor se desenvolve.

REFERÊNCIAS

ALKIMIN, Maria Aparecida. **Assédio Moral na Relação de Emprego**. Curitiba: Juruá, 2006.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2008.

CARRIÓN, Valentin. **Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

CASSAR, Vólia Bonfim. **Direito do Trabalho**. 4. ed. Impetus: Niterói, 2010.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 6. ed. São Paulo: LTr, 2007.



GIGLIO, Wagner D. **Justa Causa**. 4. ed. São Paulo: LTr, 1993.

HIRIGOYEN, Marie-France. **Mal Estar no Trabalho**: Redefinindo o Assédio Moral. Trad. Rejane Janowitz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

LACERDA, Dorval. **A Falta Grave no Direito do Trabalho**. 4. ed. São Paulo: Edições Trabalhistas, 1976.

_____. **Aspectos Jurídicos do Contrato de Trabalho**. Rio de Janeiro: Revista do Trabalho, 1941.

LAMARCA, Antônio. **Manual das Justas Causas**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

LEYMANN, Heinz. The Content and Development of Mobbing at Work. **European Journal of Work and Organizational Psychology**. London, v. 15, n. 2, p. 165-184, 1996.

MARANHÃO, Délio; CARVALHO, Luiz Inácio Barbosa. **Direito do Trabalho**. 17. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1993.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

RUSSOMANO, Mozart Victor. **Curso de Direito do Trabalho**. 7. ed. Curitiba: Juruá, 1999.



SANTOS, Altamiro J. dos Santos. **Direito Penal do Trabalho**. São Paulo: LTr, 1997.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A Gramática do Tempo**: Para uma Nova Cultura Política. São Paulo: Cortez, 2006.

SÜSSEKIND, Arnaldo. **Curso de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

VIEIRA, Carlos Eduardo Carrusca. **Assédio**: Do Moral ao Psicossocial. Curitiba: Juruá, 2008.

THE MORAL HARASSMENT MAIN BEHAVIORS AND ITS ABJECTION ELEMENTS OF ENVIROMENTAL LABOR CONDITIONS

ABSTRACT

This paper explains the question of the descriptive characteristic behaviors of moral harassment as a form of degradation of the environmental labor places. Its overall objective is to scrutinize the environments and the ways in which this form of aggression occurs during the employment relationship, it seeks to draw a general picture of how harassers and harassed interact in the same space and how the most different approaches behavioral characteristics are defining elements of psychological violence committed in the aforementioned work environment. The specific objectives of the work under discussion are to scrutinize the performance of groups of harassers, limit its violent forms of action and



indicate the legal framework for such actions illegal and harmful. Methodologically, it uses the psychological foundations of Heinz Leymann and Marie-France Hirigoyen to scrutinize behavioral forms of moral harassers in the work environment, thus tracing, didactically the action groups as proposed by Leymann classes and subsequently analyzing the behavior described by Hirigoyen. As a result of this research it is noted that the legal doctrine begins to pay more attention to this phenomenon of degradation of the working environment, although there are some interpretations in this analysis, leaving still some room for implementation of the study of the subject.

Key-words: Labor Law. Labor Psychology. Moral Harassment.



RESSARCIBILIDADE DO DANO MORAL POR ABANDONO AFETIVO NO CENÁRIO DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL

Richardy Videnov Alves dos Santos

Acadêmico do 7º período do Curso de Direito da UFRN
Membro do Projeto Cine Legis
Monitor da disciplina Direito Eleitoral

Carlos Wagner Dias Ferreira

Professor-orientador

RESUMO

A proteção conferida aos direitos de personalidade ganhou destaque renovado após a Constituição Federal de 1988, que consagrou expressamente a ressarcibilidade do dano moral. Nesse cenário, emerge, atualmente, discussão em torno da possibilidade de condenar alguém ao pagamento de indenização pelos danos morais ocasionados em sua prole em decorrência do que se convencionou chamar “abandono afetivo”. O presente artigo investiga, tendo como plano de fundo a constitucionalização do Direito Civil, se há fundamento no ordenamento jurídico brasileiro para tal dever de indenizar, em que condições se verificariam e quais seriam seus limites. Para tanto, empreende revisão bibliográfica e pesquisa jurisprudencial, numa abordagem qualitativa com objetivos exploratórios.

Palavras-chave: Responsabilidade civil. Constitucionalização. Abandono afetivo. Dano moral. Indenização.

"Todo o direito é constituído por causa do homem"
(Justiniano)

1 INTRODUÇÃO

Com o advento da Constituição Federal de 1988 – doravante CF –, a proteção conferida aos direitos da personalidade ganhou destaque especial em nosso ordenamento, seja em decorrência da consagração da ressarcibilidade do dano moral (art. 5º, incs. V e X da CF), seja pelo alargamento dado pela jurisprudência ao alcance das condições existenciais dignas de proteção e reparo.

Além de consistir no alicerce do ordenamento pátrio, exigindo uma releitura de toda a legislação infraconstitucional de modo a compatibilizá-la com os direitos fundamentais consagrados, a CF promoveu no âmbito da legislação privatista, uma profunda mudança de paradigmas. A proteção da pessoa humana e de suas condições existenciais superou as visões individualista e patrimonialista que davam o tom dos institutos e instituições civis, culminando no fenômeno conhecido como *constitucionalização do direito civil*.

Nesse cenário, emerge acirrada discussão em torno da possibilidade de condenar alguém a pagar ao seu filho indenização pelos danos morais ocasionados em razão do "abandono afetivo" que tenha dado causa. Tal debate reveste-se, por vezes, de percepções preconceituosas, como o questionamento se a omissão afetiva dos pais poderia, realmente, ocasionar transtornos psicológicos, ou que esse ressarcimento seria apenas uma forma de vingança utilizada pelo ex-consorte que se sente prejudicado com o fim da relação conjugal.

Diante do exposto, o presente artigo objetiva investigar, com fulcro em uma releitura constitucional do instituto da responsabilidade civil, se a omissão parental pode ensejar a responsabilização civil dos pais.

Para tanto, elucida em que consiste a constitucionalização do direito civil, buscando identificar suas repercussões na feição atual do instituto da responsabilidade civil. Analisa os princípios da afetividade, da solidariedade e da paternidade responsável, indispensáveis para uma compreensão mais adequada da função da família e dos deveres parentais. Questiona a que se refere a doutrina ao alcinhar a expressão "abandono afetivo", bem como se emprego dessa terminologia se revela oportuno. E, por fim, investigam quais



seriam os principais óbices e fundamentos ao reconhecimento do dever de indenizar em decorrência desse abandono, sob que condições poderia se verificar e quais seriam seus limites.

A investigação em questão justifica-se pela relevância dos direitos envolvidos, notadamente por dizer respeito a interesses de pessoas em peculiar condição de desenvolvimento (crianças e adolescentes).

Nessa senda, promove revisão bibliográfica e pesquisa jurisprudencial, numa abordagem qualitativa com objetivos exploratórios.

2 DO NECESSÁRIO SUPEDÂNIO CONSTITUCIONAL

Centro em torno do qual gravita o ordenamento jurídico pátrio, a CF encarta uma série de direitos dotados de superioridade normativa e aplicabilidade imediata. Diante desse cenário, faz-se indispensável abordar as implicações que ela possui na legislação privatista e, mais especificamente, no evoluir do instituto da responsabilidade civil.

2.1 A perspectiva civil-constitucional

Nem o direito privado, que, ao longo da história, sempre foi visto como o *locus* normativo privilegiado do indivíduo e da proteção de seu patrimônio (LÔBO, 1999), resistiu à vinculação dos direitos consagrados pelas Constituições.

Essa aproximação entre o direito constitucional e o privado, ocorrida no Brasil após 1988, se deve à eleição do mesmo princípio fundante: a dignidade da pessoa humana, cerne da organização social e político do país (art. 1º, inc. III da CF), bem como propulsor para o reconhecimento de direitos da personalidade logo no início do Código Civil de 2002 (FERREIRA, 2010, p. 32) – doravante CC/02.

Eis que a Constituição promove uma releitura de todo o ramo privatista. Constata-se não somente a inserção do direito civil na constituição jurídico-positiva, mas também a inserção de seus fundamentos de validade, que dela devem ser extraídos, condicionando a elaboração e aplicação da legislação privatista (LÔBO, 1999, p. 100), o que culmina no fenômeno da constitucionalização do direito civil.

Ressalta Paulo Luiz Netto Lôbo (*op. cit.*) que, antes de um critério hermenêutico formal, a constitucionalização é uma das etapas mais



importantes da mudança de paradigmas por que passou o direito civil. Trata-se de uma repersonalização da legislação, tendo a primazia da pessoa humana, e não seu patrimônio, como cerne.

Cumpra destacar, na pena de Luiz Edson Fachin (2008 *apud* FERREIRA, 2010, p. 33), que a Constituição propicia a formação de um sistema jurídico aberto, poroso e plural, que contribui para a ressignificação dos sentidos do discurso normativo, doutrinário e jurisprudencial, notoriamente no campo do contrato, da família e da propriedade. Assim, revela-se a perspectiva civil-constitucional, consoante aponta Carlos Wagner Dias Ferreira (*op. cit.*, p. 36), como o modelo mais completo para se discutir e solucionar conflitos no âmbito do direito civil.

Para Yussef Said Cahali (2005, p. 62), foi apenas com a CF/88 que teriam sido explicitadas regras fundamentais, de caráter geral, de proteção do ser humano em sua amplitude conceitual.

Dessa feita, outro não seria o pressuposto da presente abordagem senão a mudança de paradigmas promovida na legislação privatista a partir de 1988. Nesse sentir, a condução mais adequada da discussão em torno da indenização por abandono afetivo preme por uma análise do instituto da responsabilidade civil afinada à ordem atualmente vigente.

2.2 O instituto responsabilidade civil sob a ótica da ordem vigente

A responsabilidade civil parte do pressuposto de que, em regra, qualquer atividade que acarrete prejuízo indevido a alguém gera um dever de indenizar, devendo o causador do ato, fato ou negócio danoso, na inexistência de excludentes, arcar com as consequências geradas (VENOSA, 2010, p. 1).

Constitui uma matéria dinâmica que rende novas teorias e linhas de pensamento tanto na doutrina, como na jurisprudência, em decorrência das necessidades sociais (*ibidem*, p. 14). Essa característica parte da constatação de que todo prejuízo não reparado é fator de inquietação social; assim, os ordenamentos jurídicos contemporâneos buscam alargar o dever de indenizar, de modo a deixar cada vez menos danos irressarcidos (*ibidem*, p. 1-2).

No Brasil, da década de 1920 até o advento da CF/88, prevalecia a ressarcibilidade dos danos dotados de correspondência pecuniária, admitindo-se apenas excepcionalmente a indenização por danos extrapatrimoniais, cujo reconhecido era obstado pela dificuldade em conceber-se a avaliação de danos constituídos pela dor, pela compreensão de que as sanções na esfera penal afastaria a necessidade de outra forma de sancionamento e pela prevalência



de um arquétipo econômico que influenciava as normas jurídicas (SOARES, 2009, p. 27-28).

Após 1988, promoveu-se uma releitura dos conceitos tradicionais de dano moral, haja vista que o fundamento da nova ordem jurídica, alinhada à trilha da questão social, passa a repousar na pessoa humana (*ibidem*, p. 82), da qual emana a plêiade de direitos da personalidade, que não se esgotam naqueles elencados pelos arts. 11 a 21 do CC/02.

Assente a ressarcibilidade dos danos morais (art. 5º, incs. V e X da CF), tem-se que a questão central, atualmente, reside em saber, conforme atenta Cavalieri Filho (2010, p. 81), o que vem a ser o próprio dano moral.

Nesse diapasão, alguns estudiosos dedicam-se, em homenagem ao rigor científico, à identificação de categorias de “dano extrapatrimonial”, gênero que englobaria a categoria dos “danos morais” e com a qual não deve ser confundido, embora essas terminologias venham sendo utilizadas indiscriminadamente. Entre as categorias mais debatidas estão o dano moral em sentido estrito, o dano estético e o dano psicológico ou existencial.

Apenas as duas primeiras são aceitas como categorias autônomas pela jurisprudência pátria, consistindo a primeira em qualquer violação aos atributos inerentes à personalidade, inclusive independentemente da comprovação de detrimento anímico (SOARES, 2009, p. 82), e a segunda, a alteração morfológica que causa desagrado e repulsa; sendo, em decorrência da autonomia reconhecida, cumuláveis a título de indenização (RSTJ 105/332).

Por sua vez, o dano psicológico ou existencial refere-se às alterações provocadas em interesses diversos da integridade psicofísica, tais como as relações de estudo, sociais, familiares, afetivas, culturais e artísticas, que repercutem negativamente, de modo temporário ou permanente, no plexo de relações que auxiliam no desenvolvimento normal da personalidade do sujeito em sua ordem pessoal ou social (SOARES, *op. cit.*). Não sendo reconhecido como categoria autônoma, considera-se que o dano existencial está incluso na abrangente categoria de “danos morais”.

É importante destacar que, se tratando de responsabilidade civil por dano moral, a discussão a respeito das modalidades de dano, embora cientificamente louvável, não pode representar um óbice à proteção aos direitos da personalidade.

Eis que a própria natureza do direito tutelado inviabiliza o afã de identificar desde logo uma enumeração exaustiva dos danos morais possíveis, pois os direitos da pessoa são interdependentes e conexos entre si, na medida em que possuem como fundamento único o valor ontológico da pessoa



humana (CAHALI, 2005, p. 60). Essa afirmação não propugna a supressão dessas situações jurídicas subjetivas, mas aponta para o fato de que as situações já reconhecidas não são capazes de esgotar, tendo em vista resguardar sua proteção cabal, a multiplicidade de aspectos do ser humano (*ibidem*, p. 61).¹

Portanto, deve o julgador, à luz do caso concreto, dada a dificuldade de a lei generalizar critérios infalíveis para a aferição de todas as hipóteses possíveis, identificar as lesões ensejadoras de reparação. Mister se faz perceber de modo cristalino no contexto familiar, em que deve ser assegurada não apenas a imediata eficácia das normas constitucionais, mas, sobretudo, a efetividade social destas, devendo ser promovida a aproximação do “dever-ser normativo” ao “ser da realidade social” (BARROSO, 2001, p. 85 *apud* MADALENO, 2011, p. 41, grifos do autor).

3 OS DEVERES PARENTAIS À LUZ DOS PRINCÍPIOS DA AFETIVIDADE, DA SOLIDARIEDADE E DA PATERNIDADE RESPONSÁVEL

Foi no âmbito das relações familiares que a repersonalização contemporânea do direito provocou maiores transformações. Com a passagem do individualismo para a solidariedade social, reafirma-se o objetivo central do direito, que é a afirmação e realização da pessoa humana em sua dimensão ontológica (LÔBO, 2011).²

A família, como espaço de realização da afetividade, ganha nova feição, deslocando-se da função econômico-religiosa-procracional (*ibidem*, p. 22). A compreensão de sua função atual e, notadamente, dos deveres parentais requer uma análise de seus novos valores, com especial destaque para os princípios da afetividade, da solidariedade e da paternidade responsável.

¹ Tal ilação, ao reconhecer a pluralidade de comportamentos que abrange o desenvolvimento da personalidade, enquadra-se perfeitamente ao cenário brasileiro. É que tanto a CF, com suas lacônicas referências à possibilidade de reparação do dano moral, como o CC/02, apesar de sua inovadora e prodigiosa disciplina legal em comparação ao Código de 1916, não esgotaram as potencialidades dos direitos da personalidade. Isso não se deve a uma omissão incauta do legislador, mas decorre da própria natureza do direito, radicado na dignidade da pessoa humana. Nesse sentir, cabe à doutrina e, mais destacadamente, à jurisprudência a identificação de novos comportamentos, necessidades e direitos decorrentes desse atributo humano.

² Exemplo disso é a vedação a qualquer tipo de discriminação entre os filhos, havidos ou não dentro da relação do casamento, ou por adoção (art. 227, § 6º da CF e art. 1.596 do CC/02), e o reconhecimento das famílias formadas pelo afeto (art. 226, §§ 3º e 4º da CF e art. 1.723 do CC/02).



3.1 Princípios da afetividade, da solidariedade e da paternidade responsável

A afetividade é o componente que dita as feições atuais do direito de família, prevalecendo sobre aspectos patrimoniais e, até mesmo, vínculos biológicos (*ibidem*, p. 70).

Consoante Paulo Luiz Netto Lôbo (*op. cit.*, p. 71), trata-se de um princípio constitucional implícito, que se extrai da CF em seus arts. 227, § 6º (igualdade entre os filhos), 227, §§ 5º e 6º (adoção como escolha afetiva), 226, § 4º (reconhecimento da família anaparental) e 227, *caput* (direito à convivência familiar como prioridade absoluta assegurada à criança e ao adolescente), possuindo aplicações diversas, a exemplo do reconhecimento de deveres de solidariedade e cooperação, da funcionalidade da família para o desenvolvimento da personalidade de seus membros (TEPEDINO, 1997 *apud* LÔBO, *loc. cit.*) e de valor a ser ponderado na colisão de direitos fundamentais (MORAES, 2000 *apud* LÔBO, *loc. cit.*).

Sobre o afeto e sua importância nas relações familiares, Rolf Madaleno (2011, p. 95-96) o define como mola propulsora que dá sentido e dignidade à existência humana. Sustenta, ainda, que a sobrevivência humana depende do afeto, constituindo uma necessidade, cuja ausência sempre causará efeitos negativos a quem não mereceu afeto dos pais ou da família.

Por sua vez, a solidariedade é o *pathos* da sociedade atual, consistente no vínculo racionalmente guiado que impele, baseada na similitude de interesses e objetivos, à oferta de ajuda entre os membros da sociedade (LÔBO, 2011, p. 63).

É esse liame que fomenta o desenvolvimento de um ambiente propício para a compreensão e a cooperação mútuas, que, conforme Regina dos Santos (*apud* MADALENO, 2011, p. 90), abrangem cuidados de ordem física e moral seja nas fases críticas, vivenciadas em razão da idade avançada, de questões profissionais e financeiras, seja nos momentos amenos do cotidiano.

Consagrado no art. 3º, inc. I da CF, o qual estabelece como objetivo da República Federativa do Brasil a promoção de uma sociedade solidária, esse princípio evita, no âmbito da família, o contrassenso de se imaginar “pudessem os cidadãos em formação ser relegados ao abandono e jogados à própria sorte” (*ibidem*, p. 91).

Por fim, a paternidade responsável é princípio do planejamento familiar, consagrado pelo § 7º do art. 226 da CF.

Decorre do desafiador e inescusável compromisso que a família



carrega consigo para com o futuro, pois a paternidade e a maternidade lidam com pessoas em peculiar condição de desenvolvimento, que exigem formação e acompanhamento até quando possam compreender e assumir suas próprias responsabilidades (LÔBO, 2011, p. 51).

Essa responsabilidade pela promoção dos integrantes do núcleo familiar requer condutas que assegurem condições de vida digna às gerações, dever exigível não somente os pais, mas também todos que integram o núcleo familiar (*ibidem*, *loc. cit.*).

3.2 Dos deveres decorrentes do poder familiar

Tem-se que, na atualidade, as relações entre pais e filhos, marcadas quase invariavelmente por sua complexidade, devem ser pensadas sopesando o exercício de direitos fundamentais e o cumprimento da função desse poder (PERLINGIERE, 2008, p. 999). É passado o tempo em que constituía uma relação de poder-sujeição entre um sujeito e um objeto, para ser exercido no interesse do filho (DIAS, 2009, p. 392; LÔBO, 2011, p. 64).

Assim, cabe primeiramente aos genitores a satisfação das necessidades de sua prole, não obstante também sejam a sociedade e o Estado responsáveis pela salvaguarda dos direitos de crianças e adolescentes (art. 227, *caput* da CF).³

Sobre a relevância do auxílio parental aos filhos, tanto a doutrina, pátria e alienígena (COSTA *apud* DIAS, 2009, p. 415; LÔBO, 2011, p. 189; PERLINGIERE, 2008, p. 999), como a legislação reconhecem que o poder familiar e os deveres a ele inerentes estão desancorados da relação conjugal entre os genitores.

Nesse sentido, prevê o CC/02, em seu art. 1.566, inc. IV, que o sustento, a guarda e a educação dos filhos é dever de ambos os cônjuges, incumbência que não cessa mesmo em caso de separação, divórcio ou dissolução da união estável (art. 1.632), ou ainda quando o pai ou a mãe constituem outro núcleo familiar (art. 1.636). A seu turno, a Convenção Internacional sobre os Direitos da

³ Sob essa perspectiva, Perlingiere (2008, p. 1000) sustenta que intervenções subsidiárias por parte do Estado servem como elementos corretivos da relação pai-filho, buscando facilitar sua normalidade e eliminar os abusos, desvios e obstáculos. Desse modo, nada impede que o Estado-juiz tome, no caso sob apreciação, medidas judiciais que protejam e confirmem máxima efetividade a esses direitos, porque por eles também é responsável.



Criança⁴ estabelece, em seu art. 9º, item 3, que, no caso de separação dos pais, deverá ser respeitado o direito da criança de manter regularmente relações pessoais e contato com ambos, salvo se não for de seu interesse.

No tocante aos deveres que incumbe aos pais, a CF, no *caput* do art. 227, consagrou que *é dever da família assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, os direitos, entre outros, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar*, assim como estabeleceu que lhes compete, ainda, coloca-los a salvo de toda forma de negligência, violência e crueldade.

O ECA, a seu turno, elencou uma série de situações que visam possibilitar o crescimento sadio dessas pessoas, como a inviolabilidade de sua integridade física, psíquica e moral (art. 17), o dever da família de protegê-las de qualquer tratamento desumano ou vexatório (art. 18), e de assegurar-lhes o direito à convivência familiar (art. 19, *caput*).

Em conformidade com a ordem atualmente vigente, afere-se que a responsabilidade dos pais não se esgota nas contribuições de cunho material, sendo apontada a necessidade de uma sadia convivência familiar que respeite os direitos da personalidade do filho e garanta sua dignidade (SILVA, 2004, p. 139 *apud* MADALENO, 2011, p. 380). Nesse contexto, as visitas do pai que não detém a guarda constituem, antes de tudo, um inviolável direito do filho, e não mera faculdade do genitor (MADALENO, *op. cit.*, p. 375).

Da análise empreendida, é possível afirmar que nosso ordenamento, além de consagrar o dever dos pais de assegurarem o desenvolvimento sadio de sua prole, aponta para o desvalor inerente a sua omissão, que, transgredindo deveres de cuidado, deixa seu filho em abandono afetivo/moral.

4 LIMITAÇÕES DECORRENTES DO EMPREGO DA EXPRESSÃO “ABANDONO AFETIVO”

Embora seja considerável o número de doutrinadores que defendem poder essa forma de omissão ensejar a responsabilidade civil, o tema é por

⁴ Frise-se que, para a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, aprovada pela Assembleia das Nações Unidas em 1989, e internalizada com força de lei pelo Decreto Legislativo n. 28, de 24-9-1990, e Decreto Executivo n. 99.710, de 21-11-1990; criança é toda pessoa até os 18 (dezoito) anos. Disponível em: < http://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10127.htm >. Acesso em: 01 maio 2012.



demais controvertido em nossos tribunais, sendo raros os casos de procedência do pleito ressarcitório, a exemplo de recentíssimo julgado do STJ que, pelo ineditismo, será tratado em seção específica (item 6).

Entre os que negam tal possibilidade, é comum identificar na “não prestação de amor” a suposta causa do pedido, o qual, em uma análise apressada, seria negado, pois, não podendo o direito obrigar ninguém a amar, a omissão afetiva não constituiria ato lícito.

Trata-se, em realidade, de vacilação decorrente do emprego da expressão “abandono afetivo”, tal como podemos perceber da análise do REsp 757.411-MG⁵, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça. O recurso visava à reforma de acórdão do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais que condenou o recorrente ao pagamento de R\$ 44.000,00, em virtude do abandono que privou seu filho do direito à convivência e ao amparo afetivo, moral e psíquico.

A Quarta Turma do STJ desproveu, por maioria, o recurso especial, nos termos do voto do Relator, o qual entendeu, em síntese, que “como escapa ao arbítrio do Judiciário obrigar alguém a amar, ou a manter um relacionamento afetivo, nenhuma finalidade positiva seria alcançada com a indenização pleiteada”. Foi aduzido, ainda, que a legislação estabelece como punição devida, no caso de abandono ou do descumprimento injustificado do dever de sustento, guarda e educação dos filhos, a perda do poder familiar (art. 24 do Estatuto da Criança e do Adolescente – doravante ECA – e art. 1.638, inc. II do CC/02).

Do parágrafo anterior, percebe-se que é colocada em destaque a hipótese da prestação de afeto constituir ou não um dever decorrente do poder familiar, quando, em verdade, na tentativa de identificar o ato ilícito pressuposto da responsabilização, seria mais apropriado cogitar-se da violação dos *deveres de assistência moral, cuidado e respeito ao direito de convívio* (art. 227, *caput* da CF, art. 1.634, incs. I e II do CC/02 e arts. 17 a 19 do ECA), deveres de inarredável fundo constitucional, previstos em lei e mais consentâneos à problemática em exame, motivo pelo julgamos mais adequado falar-se em “abandono moral”.

Nesse contexto, é importante advertir que afetividade, enquanto princípio jurídico, não deve ser confundido com afeto, enquanto fato anímico.

⁵ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 757.411-MG. Quarta Turma. Rel. Min. Fernando Gonçalves. j. 29.11.2005. Dj. 27.03.2006.



Embora seja impossível obrigar alguém a amar outrem, exteriorizar preocupação, buscar envolver-se, conhecer e dar suporte ao próprio filho, é possível, sim, constituir deveres decorrentes da paternidade e da maternidade, sem que isso constitua ingerência na espontaneidade do afeto ou violação à dignidade dos genitores. Relata Lôbo (2011, p. 51) que, em Kant, essa discussão pode ser intuída, tanto do ponto de vista moral como jurídico, para quem o amor, enquanto inclinação, não pode ser ordenado, mas o bem-fazer, por dever, ainda que haja aversão, residiria na vontade e não na tendência de sensibilidade, podendo ser ordenado.

5 FUNDAMENTOS E LIMITES DA INDENIZAÇÃO POR ABANDONO AFETIVO

Isso posto, importa investigar se a indenização fundada no abandono afetivo encontra respaldo em nosso ordenamento, especialmente mediante a análise do preenchimento dos pressupostos da responsabilidade civil. Nessa senda, cumpre, em primeiro plano, abordar alguns dos argumentos contrários a sua ressarcibilidade e aferir sua pertinência.

Para tanto, é interessante repisar o posicionamento do relator do REsp 757.411-MG, o qual destacou que a lei civil já traria a punição mais severa ao pai omissor, que seria a decretação da perda do poder familiar. Apontou, ainda, que a ação indenizatória poderia constituir mero sucedâneo para o ex-consorte que tenha se sentido prejudicado com o fim do relacionamento, e que ele mesmo poderia ter dado causa ao dano psicológico, ao transferir seus sentimentos de ódio para o filho⁶. Por fim, destacou que o litígio reduziria drasticamente a possibilidade de reaproximação entre pai e filho, o que não seria proveitoso, tanto psicológica, como financeiramente, na hipótese em que o filho já perceber pensão alimentícia.

No âmbito doutrinário, Andrea Athayde Maciel (2011, p. 18), enfocando a questão sob o prisma da espontaneidade do amor e dos perigos de coagi-lo, refuta a ressarcibilidade da omissão afetiva parental. Aduz que por mais existam deveres de paternidade responsável, se estaria invadindo o campo da subjetividade do afeto, havendo o risco de sua monetarização.

⁶ Trata-se de clara menção ao fenômeno conhecido como alienação parental, em que as lembranças do filho em relação a um dos pais são distorcidas pelo genitor não satisfeito com o fim do relacionamento e que detém sua guarda.



Sustenta, ademais, que, sendo quantificado o afeto, inúmeras problemáticas poderiam ser criadas, como a alegação de dano psicológico provocado pelo pai que, possuindo mais de um filho, demonstrar ter mais afeição por um em detrimento dos outros.

Pois bem, cumpre destacar que, embora a maioria desses argumentos seja, *a priori*, factível, suas suposições não podem ser presumidas invariantes absolutas, de modo a criar uma compreensão que infirme, desde logo, a apreciação judicial dos elementos casuísticos. Cabe destacar que, o reconhecimento, em tese, da ressarcibilidade da omissão afetiva parental não acarretaria, necessariamente, incontáveis condenações como teme parcela da doutrina. Afinal, há muito se apregoa que o direito de ação não corresponde à sentença procedente (SOARES, 2009, 64).

Não obstante o justificável desconforto por vezes verificado na magistratura em impor uma verba compensatória, notadamente em razão dos preconceitos que existem em torno de uma suposta “indústria do dano moral” (ROCHA, 2012, p. 236), resta evidenciada a necessidade de se identificar balizas que facilitem a compreensão dessa sensível problemática da responsabilidade civil, de modo que as decisões sejam cientificamente embasadas e juridicamente consistentes, seja para deferir ou indeferir o pedido.

Nesse sentir, as alegadas dificuldades de precisar o dano moral, identificar a culpa e estabelecer o nexo de causalidade não devem constituir óbices à ressarcibilidade do abandono afetivo. Conforme destaca Flaviana Rampazzo Soares (2009, p. 63), houve uma notável evolução da responsabilidade por danos imateriais, da qual pode valer-se o juiz para prover o arbitramento da indenização sem onerar demais o ofensor, nem enriquecer o ofendido.

Além de cometer ato ilícito por violar os deveres de assistência moral e cuidado, bem como o direito à convivência familiar, a omissão parental ofende a dignidade do filho não apenas sob o aspecto material, mas também sob o moral e o psicológico, gerando traumas que deságuam no dano moral (VENOSA, 2010, p. 320). Os danos psicológicos gerados podem, pois, ser imputados aos pais que, podendo, descumprem tais deveres, constituindo uma omissão juridicamente relevante.

Sobre a ilicitude da omissão parental, em que pese não ser necessária disposição expressa prevendo todas as condutas que implicam no dever de indenizar, tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei 4294/2008, que altera o art. 1.632 do CC/02 e o art. 3º da Lei 10.741/2003 (Estatuto do Idoso), para reconhecer expressamente a ressarcibilidade do abandono afetivo, não



apenas em relação aos filhos, mas também aos idosos. O projeto encontra-se na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC), tendo recebido parecer favorável pela aprovação, com substitutivo.⁷

Outro argumento a ser afastado é o de que, julgada procedente a ação, surgiria um precedente que compeliria os pais a visitar seus filhos apenas temendo se tornarem futuros réus, situação que seria prejudicial tanto para o filho, como para o pai. É o que defende Andrea Athayde Maciel (2011, p. 20), para quem o cumprimento meramente burocrático do dever de visitação seria muito mais danoso ao pai, uma vez que a liberdade afetiva estaria acima de qualquer princípio componente da dignidade da pessoa humana.

Ora, considerando as necessidades decorrentes da peculiar condição de desenvolvimento de crianças e adolescentes, entre os quais os sentimentos de identificação e pertença a um núcleo familiar, vê-se que, na relação entre pai e filho, o lado mais frágil e que merece maior proteção é, por natureza, o da prole, e não o do adulto física e intelectualmente formado, devendo prevalecer os interesses dos filhos, que devem ser resguardados com *absoluta prioridade* (art. 227, *caput* da CF e art. 4º do ECA). Ademais, consoante evidencia Madaleno (2011, p. 376), diferentemente do discernimento que os adultos têm, os filhos são incapazes de entender a ausência imotivada do pai, especialmente em momentos significativos, como seu aniversário, o dia dos pais e as festas de fim de ano.

Nessa relação, presumir que a suspensão ou a perda do poder familiar ou da oportunidade de desfrutar das alegrias da paternidade sejam a pior punição, é desconsiderar que a desoneração do pai omissor dos encargos da paternidade responsável consiste, na pena de Paulo Luiz Netto Lôbo (*apud* DIAS, 2009, p. 392), verdadeira bonificação.

É falível, ainda, considerar que a perda do poder familiar é a medida mais oportuna, alegando-se que a pendência de um processo judicial aumentaria o distanciamento do pai, posto que a perda desse poder também depende de pronunciamento judicial (art. 1.638, inc. II do CC/02).

Quanto à diminuição da possibilidade de restabelecimento dos

⁷ O substituto aprovado tem a seguinte redação: “Comprovado o abandono afetivo, caberá indenização por dano moral ao filho” (altera o parágrafo único do art. 1.638 do CC/02) e “Comprovado o abandono afetivo por parte da família, caberá indenização por dano moral ao idoso” (parágrafo único do art. 5º do Estatuto do Idoso). Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=415684>>. Acesso em: 04 maio 2012.



laços de afetividade, nada garante que, após anos e anos sem cumprir seus deveres de assistência moral, tempo o suficiente para o aparecimento de danos psicológicos, o genitor se conscientize de seus deveres e intente uma reaproximação.

Em que pese haja discussão, com fulcro na doutrina dos *punitives damages* ou *exemplary damages*, acerca da possibilidade de indenização por dano moral desempenhar uma dupla função, punir e desestimular condutas consideradas socialmente indesejáveis (ROCHA, 2012, p. 247), a verdade é que, tendo em vista as peculiaridades que normalmente envolvem os casos de omissão afetiva (separação dos pais e consolidação dos sentimentos de abandono na fase adulta), o goza de maior relevo o ressarcimento dos danos sofridos no passado, cuja reminiscência dificilmente se apagará no futuro.

A indenização decorrente desse abandono exerce, portanto, função essencialmente reparatória, nada obstando, embora não por destinação ontológica, que repercuta na sociedade como um incentivo à conscientização e à responsabilidade dos pais, desempenhando, assim, algum caráter dissuasório (PINTO, 2009, p. 74).

Por tudo que foi exposto, filiamo-nos, apesar do tema ainda ser controverso, à corrente que admite a possibilidade de indenização por abandono afetivo, a exemplo de Dias (2009), Lôbo (2011), Madaleno (2011), Pinto (2009), Santos (2009) e Soares (2009), seja o pai, seja a mãe ou genitor omissor.

Ocorre que, embora o direito de família disponha de mecanismos próprios para corrigir as distorções da relação entre pais e filhos, como a fixação da guarda, a regulamentação de visitas e a suspensão ou perda do poder familiar, ainda haverá casos em que essas medidas não serão mais possíveis para sanar as distorções, porque já terá se consolidado o dano à personalidade (SANTOS, 2009, p. 212), não podendo o ordenamento quedar indiferente a essa violação.

No que diz respeito aos limites desse dever de indenizar, cumpre destacar que, embora admissível, o deferimento do pleito indenizatório deverá revestir-se da devida cautela, para aferir se o suposto pai omissor teve, efetivamente, oportunidades de estabelecer relacionamento afetivo maior que a relação que, de fato, se verificou (SANTOS, *loc. cit.*).

Na hipótese de separação dos pais, por exemplo, destaca Romualdo Baptista Santos (*op. cit.*, p. 212) que se releva impossível a quem não detenha a guarda do filho, sendo esta unilateral, o estabelecimento de uma convivência frequente. De modo semelhante, o pai que reside em outra cidade ou estado,



ou que precisa viajar a trabalho não terá as mesmas oportunidades de contato, o que deve ser levado em consideração.

Nesse sentido, é possível discutir a existência de circunstâncias que se revelem idôneas a obstar o dever de indenizar, tais como: a alienação parental, por se tratar de culpa de terceiro, o desconhecimento da existência de filiação, pois o pai não tinha como ter adotado comportamento diverso em relação à prole, e a adoção, por extinguir o poder familiar.

6 DA DECISÃO INÉDITA PROFERIDA NO RESP 1.159.242-SP⁸

Em julgamento inédito, realizado em 24 de abril de 2012, a Terceira Turma do STJ, deu provimento, por maioria, a recurso especial que, embora tenha reduzido o *quantum* arbitrado pelo Tribunal *a quo*, reconheceu a possibilidade de se indenizar os danos decorrentes do descumprimento das obrigações parentais.

A Ministra relatora destacou que a interpretação sistemática do Código Civil e da Constituição Federal apontam para um tratamento amplo e irrestrito da temática dos danos morais, motivo por que não assiste razão em excluir os danos surgidos nas relações familiares dos ilícitos civis.

Foi ressaltado que, apesar de muito se falar na subjetividade do afeto como óbice à ressarcibilidade do abandono afetivo, o cuidado que devem ter os pais com o desenvolvimento sócio psicológico da criança constitui valor objetivo incorporando-se no ordenamento brasileiro – ainda que não com esses termos – de modo que, comprovado o descumprimento do dever de criação, educação e companhia, se verifica uma ilicitude civil, sob a forma de omissão, a ensejar a compensação dos danos morais.

A respeito da responsabilidade dos pais, foi destacado que se funda no próprio ato de vontade do agente, pois o vínculo estabelecido com a prole, seja biológico ou por adoção, decorre de suas escolhas, devendo responder, portanto, pelo sentimento íntimo negativo que a prole abandonada carregará consigo de modo perpétuo.

Ressalte-se que, consoante entendimento perfilhado pela Ministra

⁸ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 1.159.242-SP. Terceira Turma. Rel. Min. Nancy Andrighi. J. 24 abr. 2012. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/livrao/mainPage.jsp?seqiteor=1067604>>. Acesso em: 02 maio 2012.



relatora, trata-se de hipótese de dano moral “*in res ipsa*”, em que o dano moral reside na gravidade em si do ato ilícito (CAVALIERI, 2010, p. 90), dispensando-se, assim, a necessidade de demonstrar intenso sofrimento, o surgimento ou agravamento de comportamento patológico ou fragilização das relações sociais do filho.

Cumpra destacar que, na data de finalização deste artigo, essa decisão ainda não havia transitado em julgado, sendo provável que a Segunda Seção do STJ seja chamada a reapreciá-la, visto que, conforme apontado anteriormente, a Quarta Turma possui, até então, entendimento divergente sobre essa matéria.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No cenário atual, a responsabilidade civil revela-se como um dos instrumentos postos à disposição pelo Estado para a proteção dos direitos da personalidade, permitindo-se, com o evoluir da sociedade, novas possibilidades de reparação, no intuito de manter a estabilidade social e o equilíbrio dos interesses lesados, tendência influenciada pela concepção cada vez mais abrangente de indivíduo enquanto ser íntegro, digno e capaz.

A elucidação da problemática em torno da ressarcibilidade dos danos morais sofridos em decorrência da omissão parental requer melhor delimitação do ato ilícito invocado, que se refere não à “falta de amor”, mas ao descumprimento dos deveres de assistir moralmente os filhos, diligenciar para sua sadia formação e assegurar-lhes o direito à convivência familiar.

O desvalor inerente ao abandono afetivo é reconhecido pela legislação vigente, que o sanciona com a perda do poder familiar (art. 24 do ECA e art. 1.638, inc. II do CC/02), sendo que tramita no Congresso Nacional Projeto de Lei que consagra expressamente a ressarcibilidade dos danos que essa omissão pode acarretar.

A especial proteção conferida à pessoa humana, a dinamicidade e os princípios que orientam a responsabilidade civil conferem o devido respaldo à indenização dos danos psicológicos sofridos em decorrência da omissão parental. Para tanto, faz-se necessária a verificação dos pressupostos constitutivos do dever de indenizar, nada obstando a investigação e o reconhecimento da existência de causas excludentes de responsabilidade.

Trata-se, enfim, de amoldar os pressupostos da responsabilidade civil às situações sinuosas que podem decorrer das relações entre pais e



filhos, haja vista a inegável subordinação dos fundamentos de validade da lei privatista aos ditames constitucionais. Nesse sentido, o julgamento do REsp 1.159.242-SP aponta para uma salutar virada jurisprudencial sobre a afirmação da ressarcibilidade do abandono afetivo.

É dada a hora de conferir efetividade aos direitos assegurados a crianças e adolescentes. Não se pode mais aceitar que esses interesses sejam vistos como mero discurso retórico ou programas a serem atingidos num futuro ideal, mas direitos cuja violação a ordem atualmente vigente não pode aceitar.

REFERÊNCIAS

CAHALI, Yussef Said. **Dano moral**. 3. ed. São Paulo: RT, 2005. p. 57-63.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 17-98.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 5. ed. São Paulo: RT, 2009.

FERREIRA, Carlos Wagner Dias. **Contratos e eficácia dos direitos fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2010. p. 28-64.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 36, n. 141, jan./mar., 1999, p. 99-109.

_____. **Direito civil: famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MACIEL, Andrea Athayde. **Dano moral por abandono afetivo parental**. 2011. 21 p. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/17473/Dano_Moral_Abandono_Daniela%20Athayde%20Maciel.pdf?sequence=1>. Acesso em 05 fev. 2012.



MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

PERLINGIERE, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Trad. de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PINTO, Helen Caroline. **A responsabilidade civil por abandono afetivo parental**. 2009. 82 p. Monografia (Especialização) - Curso de Preparação À Magistratura, Escola da Magistratura do Paraná, Curitiba, 2009. Disponível em: <<http://www.emap.com.br/site/emapcom/arquivos/monografias/Helen%20Caroline.pdf>>. Acesso em: 05 fev. 2012.

ROCHA, Anna Emanuella Nelson dos Santos Cavalcante da. A quantificação do dano moral no direito brasileiro: até quando conviver com essa indefinição. **In Verbis**, Natal, a. 17, n. 31, jan./jun., 2012, p. 235-251.

SANTOS, Romualdo Baptista. Responsabilidade civil na parentalidade. In: HINORAKA, Giselda Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. (Coord.). **Direito de família e das sucessões: temas atuais**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009. p. 191-214.

SOARES, Flaviana Rampazzo. **Responsabilidade civil por dano existencial**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 23-99.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 1-58 e 318-345.



REPAIRBILITY OF PARENTAL ABSENCE IN THE CONTEXT OF CIVIL LAW CONSTITUCIONALITION

ABSTRACT

The Brazil's Federal Constitution of 1998 has widely highlighted the protection to the rights of personality. It expressly established the possibility of repairing non-patrimonial damages. In this context, the doctrine discusses about the possibility to convict parents to pay any amount of money to their children due to the psychological damages caused by their "affective absence". Regarding the influence of that Constitution on civil law, this paper aims to analyze if the Brazilian law system authorizes such obligation, when it would be possible and which could be its limit. It examines, eventually, the doctrine and the jurisprudence, in a qualitative approach with investigative intentions.

Keywords: Liability. Constitucionalition. Parental absence. Non-patrimonial damage. Indemnity.



Artigos Convidados

A EFICÁCIA TEMPORAL DAS SENTENÇAS QUE RECONHECEM A INCONSTITUCIONALIDADE: NULIDADE OU ANULABILIDADE DA LEI INCONSTITUCIONAL?

Andreo Aleksandro Nobre Marques

Doutorando em Ciências Jurídico-Políticas pela

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Mestre em Direito Constitucional pela UFRN

Professor da UFRN

Juiz de Direito

RESUMO

Este trabalho tem por escopo aprofundar a discussão acerca dos efeitos temporais da declaração da inconstitucionalidade, a partir de uma perspectiva comparativa, para demonstrar que a radical opção quer pelo dogma da nulidade da lei inconstitucional, quer pela crença em sua anulabilidade, foi objeto, pela necessidade de ponderação entre os valores constitucionais da segurança jurídica, igualdade e justiça, de gradual flexibilização pelas Cortes Constitucionais.

Palavras-chave: Justiça Constitucional. Lei Inconstitucional. Nulidade. Anulabilidade. Segurança Jurídica. Princípio da Isonomia. Modulação de Efeitos.

1 INTRODUÇÃO

Um dos assuntos mais controversos, e que desperta verdadeiras paixões naqueles que sobre ele se debruçam, diz respeito à eficácia temporal das sentenças que reconhecem a inconstitucionalidade de uma lei¹.

Seria a lei inconstitucional nula ou apenas anulável? Em outras palavras, a sanção que acompanha o reconhecimento da inconstitucionalidade de uma lei tem o poder de afastar todos os efeitos por ela produzidos até então, considerando-se a lei nula *ab initio* ou, noutra perspectiva, o reconhecimento da inconstitucionalidade de uma lei é equivalente a uma revogação, fazendo com que, apenas dali em diante, seja retirada do ordenamento jurídico, gozando a decisão então de uma eficácia (des)constitutiva?

Esse questionamento continua sendo de grande interesse, haja vista que muito facilmente se encontra na doutrina quem sustente uma das alternativas como a mais correta, afastando peremptoriamente a outra como descabida juridicamente ou mesmo inconveniente, o que não parece ser a melhor solução.

Porém, quanto mais se aprofunda o estudo da matéria nos diversos ordenamentos constitucionais, mais se verifica a ocorrência de exceções que colocam em xeque as opiniões da doutrina em geral, no sentido de que em dado ordenamento jurídico reina, taxativamente, um ou outro dos dogmas acima enunciados.

Pretende este trabalho, então, focalizar o problema da eficácia temporal das sentenças que reconhecem a inconstitucionalidade das leis, quiçá não tanto para afirmar algo que ainda não tenha sido dito por outros juristas a nível internacional, mas para desmistificar certas concepções que ainda são sustentadas por diversos autores, especialmente no Brasil.

Assim, o estudo começará expondo como surgiu o dogma da

¹ Como escreve Fernández Segado, ancorado em José Almagro Nosete: "(...) el problema de los efectos que produce la declaración de inconstitucionalidad de una ley es uno de los más complicados, por la multitud de aspectos que presenta, poco adaptables a soluciones únicas o simples, por cuanto con frecuencia entran en juego no sólo cuestiones abstractas de fundamentación, sino, sobre todo, cuestiones prácticas de colisión entre los principios de seguridad jurídica y justicia, en relación con los efectos jurídicos desplegados." (Algunas reflexiones generales en torno a los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad y a la relatividad de ciertas fórmulas estereotipadas vinculadas a ellas. Revista de Direito Público, Lisboa, ano I, n. 1, p. 58, jan./jun. 2009).



nulidade da lei inconstitucional, tal qual assentado no modelo judicial ou norte-americano, bem assim a ideia de anulabilidade da lei inconstitucional, ao modo do que foi desenvolvido por Kelsen, e que redundou na concepção de controle jurisdicional concentrado de constitucionalidade².

Na sequência, serão feitas referências à maneira como alguns sistemas constitucionais contemporâneos tratam a eficácia das decisões de inconstitucionalidade, cujos modelos de controle de constitucionalidade podem ser entendidos como híbridos³, o que será feito de acordo com sua importância paradigmática para outros ordenamentos constitucionais, inclusive para o brasileiro.

Em continuidade, ocupar-se-á de divisar as maneiras encontradas pelas diversas ordens constitucionais para flexibilização da eficácia temporal das decisões de inconstitucionalidade, a fim de confirmar a inadequação das posições radicais que pendem quer para o dogma da nulidade da lei inconstitucional, quer para o da sua anulabilidade.

Por fim, serão confrontadas as ideias de nulidade e de anulabilidade da lei inconstitucional, de acordo com os ensinamentos acostados ao longo da exposição, o que se fará acompanhar das reflexões finais sobre o tema.

2 EFICÁCIA DA DECISÃO QUE RECONHECE A INCONSTITUCIONALIDADE NOS MODELOS PARADIGMÁTICOS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Neste item serão apontados os principais aspectos relativos ao

² Há diversas maneiras de classificar os sistemas de controle de constitucionalidade espalhados pelo mundo. Aqui, tem-se em vista uma primeira classificação, referente às formas originárias de controle, que permite destacar, assim, os modelos político, norte-americano e austríaco-kelseniano. Como no modelo político não era possível qualquer discussão quanto à questão dos efeitos temporais do reconhecimento da inconstitucionalidade, já que a fiscalização engendrada era preventiva, não tem porque ser levado em conta nesta pesquisa.

³ Realmente, partindo do entendimento que os atuais sistemas existentes ou permanecem vinculados à forma originária, com poucas alterações de monta, como é o caso dos Estados Unidos, ou se transformaram, mas sempre inspirados nestes modelos, é possível distinguir, ainda, como faz Lucio Pegoraro, «sistemas híbridos de controle incidental», e «sistemas híbridos difuso-concentrados», cujo traço aproximativo constitui justamente a mescla de características dos modelos originários ou clássicos de controle de constitucionalidade. (A circulação, a recepção e a hibridação dos modelos de justiça constitucional. Revista de Informação Legislativa. Brasília, ano 42, n. 165, p. 62-65, jan./mar., 2005).



problema da eficácia das decisões de inconstitucionalidade segundo os modelos de controle de constitucionalidade que, de maneira original, serviram de base a todos os outros que lhes sucederam.

2.1 O controle de constitucionalidade judicial ou norte-americano e o dogma da nulidade da lei inconstitucional

O berço do controle de constitucionalidade das leis e dos atos governamentais exercido pelos órgãos judiciais foi os Estados Unidos. Mais precisamente, o referido mecanismo de tutela da Constituição surgiu pela primeira vez no julgamento do famoso caso «Marbury vs. Madison», ocorrido em 1803, no qual restou assentado o poder da Suprema Corte de sobrepor-se à vontade da maioria expressada em um ato do Parlamento Federal⁴.

Uma vez reconhecida a inconstitucionalidade da lei, o que poderia ser feito por qualquer órgão jurisdicional diante de um litígio concreto, a consequência era a declaração da nulidade visceral⁵, pela gravidade da eiva, não se admitindo a produção válida de efeitos jurídicos a partir do momento em que adquirira vigência, o que corresponde a uma nítida eficácia retroativa, é dizer, *ex tunc*, deixando a lei inconstitucional de ser levada em conta pela autoridade judicial na resolução do litígio no qual o incidente tivesse sido formulado⁶, mas o que não impedia que a lei inconstitucional continuasse vigendo no sistema jurídico, apta assim a produzir efeitos em outros fatos ou relações jurídicas abrangidos pela norma⁷.

⁴ Ver ROTUNDA, Ronald D.; NOWAK, John E. *Treatise on constitutional law: substance and procedure*. 2. ed. St. Paul: West Publishing CO, 1992. v. 1, p. 2.

⁵ Dizia Cooley que a expressão lei inconstitucional, empregada pela jurisprudência norte-americana, era equivocada, por consistir em uma *contradictio in terminis*, já que uma norma que contrasta com a Constituição não é verdadeira e absolutamente uma lei. (Apud TRIBE, Laurence H. *American constitutional law*. 2. ed. Mineola: The Foundation Press, 1988. p. 23-24).

⁶ Rui Barbosa, principal responsável pela recepção no Brasil do modelo da judicial review, a reboque da fórmula da nulidade da lei inconstitucional, informa que o entendimento jurisprudencial acerca do tema tem origem em sentença proferida pelo juiz Patterson, da Suprema Corte, no ano de 1795, que teria assentado não poder haver dúvida de que qualquer ato da legislatura, contrário à Constituição, é absolutamente nulo. (Apud BONAVIDES, Paulo. *A evolução histórica do conceito de nulidade na jurisdição constitucional*. Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, n. 11, p. 44, 2007).

⁷ É o que assevera Giuseppe de Vergottini sem deixar, todavia, de ressaltar o papel da doutrina do precedente ou *stare decisis* nos ordenamentos filiados à matriz da common law, como se



2.2 O arquétipo kelseniano do controle de constitucionalidade jurisdicional e a anulabilidade da lei inconstitucional

Como se sabe, a Europa do séc. XIX não conheceu uma forma institucionalizada de fiscalização de constitucionalidade de feições jurisdicionais, mas apenas, quando muito, um controle de natureza política⁸.

Foi Hans Kelsen, já no século XX⁹, quem desenvolveu mecanismo distinto de controle da constitucionalidade, cujas consequências divergiam daquelas que derivavam do modelo norte-americano, e que veio a ser positivado na Constituição austríaca de 1920.

Kelsen era contrário à ideia de nulidade *ab initio*, não aceitando que um ato do Estado da envergadura da lei, por ser produto da vontade democrática, pudesse, após vigorar por certo período, ter todos os seus efeitos retirados como se nunca houvesse existido, especialmente pelo perigo que isso representava para a segurança jurídica¹⁰.

Portanto, sem descurar do problema da segurança jurídica e também com o papel que a lei exerceria no ordenamento jurídico¹¹, uma

pode perceber da seguinte passagem: "(...) Tuttavia, negli ordinamenti quali quelli anglosassoni, in cui giudici inferiori sono vincolati dalle sentenze precedenti di quelli superiori («stare decisis»), le sentenze di questi ultimi che accertano la incostituzionalità possono in pratica equivalere ad un annullamento. L'esempio più noto è quello degli U.S.A., in cui ogni giudice, in genere su eccezione di parte, può dichiarare l'incostituzionalità, e quando tale giudizio venga confermato dalla Corte suprema, anche se limitato in teoria al caso deciso, in realtà verrà tenuto presente in futuro da qualsiasi giudice." (Diritto costituzionale comparato. Padova: Cedam, 1981. p. 132).

⁸ MIRANDA, Jorge. Manual de direito constitucional: inconstitucionalidade e garantia da Constituição. 3. ed. Coimbra Editora: Coimbra, 2008. v. 6, p. 113-114.

⁹ Para verificação dos fatores que contribuíram para o desenvolvimento na Europa do século XX do controle de constitucionalidade em moldes jurisdicionais, consulte MIRANDA, Jorge. Manual de direito constitucional: inconstitucionalidade e garantia da Constituição. 3. ed. Coimbra Editora: Coimbra, 2008. v. 6, p. 114-115.

¹⁰ Mais precisamente, Kelsen aceitava a existência de um «princípio de autolegitimação dos atos das autoridades públicas», de maneira que sempre que o direito positivo limitar o poder de verificar a regularidade de um ato, reservando-o seja ao próprio órgão responsável por sua emissão, seja a alguma outra autoridade, em atenção a um determinado procedimento, o ato não pode ser tido como nulo, mas apenas como anulável, apesar de admitir, se bem que não lhe parecendo o recomendável, em razão do ideal da segurança jurídica, a possibilidade de efeitos retroativos à anulação. (A jurisdição constitucional. In: _____. Jurisdição constitucional. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 140-148).

¹¹ Com a teoria da pirâmide normativa, Kelsen demonstrava a hierarquia existente entre os diversos atos jurídicos, explicando que uns eram ao mesmo tempo atos de criação do Direito e



vez que o referido ato jurídico estaria, na pirâmide normativa, logo abaixo da Constituição, maquinou a criação do que seria uma Corte Constitucional, única entidade legitimada a praticar a jurisdição constitucional¹² ou, por outras palavras, a exercer a garantia jurisdicional da Constituição, que pode ser entendida como o conjunto de medidas técnicas destinadas a salvaguardar a Constituição.

A Corte Constitucional, segundo Kelsen, desenvolvia uma atividade de caráter legislativo, já que, ao anular a lei, por sua inconstitucionalidade, funcionaria como se tratasse de um legislador negativo, consistindo sua decisão em revogação da legislação contrária à Constituição¹³.

Assim, como a Áustria fora organizada como uma federação, a Corte Constitucional deveria ser provocada apenas pelo governo federal, quanto à inconstitucionalidade das leis oriundas dos *Länder*, ou somente pelos governos regionais, quando a lei supostamente inconstitucional proviesse da esfera legislativa federal¹⁴, sem que esse direito de impugnação estivesse sujeito à decadência¹⁵.

Tratava-se, portanto, de um controle sucessivo, é dizer, realizado após o aperfeiçoamento do objeto de fiscalização (em caso de lei, após sua promulgação e publicação), por órgão diverso daquele do qual emanou o ato, nisso assemelhando-se ao modelo norte-americano, mas distinguindo-se por ser um controle direto, já que promovido por meio de uma ação própria, na qual se discutiria única e exclusivamente a constitucionalidade

de aplicação de outros, mas que a Constituição figurava justamente no topo do ordenamento jurídico, tratando-se do ato criador do Direito por excelência, ao qual todos os demais se encontram vinculados e do qual iriam retirar sua legitimidade. Consequência disso é que mesmo a decisão judicial não ostenta um caráter meramente declaratório, por ser em parte um ato criador do direito, transparecendo assim sua natureza constitutiva. Sobre o assunto, cf. Kelsen, Hans. A jurisdição constitucional. In: _____. Jurisdição constitucional. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 124-126.

¹² Saliente-se que o artigo 89 da Constituição austríaca de 1920 proibiu aos tribunais o exame da validade das leis regularmente publicadas.

¹³ Ver SEGADO, Francisco. La jurisdicción constitucional en España. Madrid: Dykinson, 1984. p. 31-32; ÖHLINGER, Theo. La giurisdizione costituzionale in Austria. Quaderni Costituzionali. Bologna, anno II, n. 3, p. 546-547, Dicembre, 1982.

¹⁴ Vide Kelsen, Hans. O controle judicial da constitucionalidade: um estudo comparado das constituições austríaca e americana. In: _____. Jurisdição constitucional. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 313.

¹⁵ ÖHLINGER, Theo. La giurisdizione costituzionale in Austria. Quaderni Costituzionali. Bologna, anno II, n. 3, p. 538, Dicembre, 1982.



da lei ou do ato governamental, e concentrado, porque a resposta sobre a conformidade do ato com a Constituição somente poderia provir da Corte Constitucional.

Além disso, uma vez reconhecida a inconstitucionalidade da lei, a decisão da Corte Constitucional, ao invés de declará-la nula, anulava a lei, retirando sua eficácia a partir da publicação da decisão, ou seja, surtindo efeitos *ex nunc*¹⁶.

Tinha, assim, natureza constitutiva, de maneira que, até o posicionamento da Corte Constitucional no sentido da desconformidade da lei com a Constituição, deveria a lei ser tida como constitucional, para todos os efeitos, aplicando-se a todos os fatos e relações jurídicas resultantes da incidência da lei até aquela data¹⁷, ao mesmo tempo em que possuía eficácia *erga omnes*, ou seja, alcançava todas as pessoas e órgãos do Estado¹⁸.

Facultava-se à Corte Constitucional postergar a eficácia da lei, mesmo considerada inconstitucional, até 1 (um) ano após a publicação da

¹⁶ Cf. Kelsen, Hans. A jurisdição constitucional e administrativa a serviço do Estado federativo segundo a nova Constituição federal austríaca de 1º de outubro de 1920. In: _____. Jurisdição constitucional. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 25.

¹⁷ Salvo na hipótese em que a Corte Constitucional conhecesse de ofício a inconstitucionalidade de uma lei que considerasse como pressuposto de sua decisão no julgamento de um caso concreto, quando, segundo Hans Kelsen, surtiria a decisão eficácia retroativa, como se a lei fosse «nula» e não meramente anulável. Mesmo assim, os tribunais e demais órgãos de execução do Estado deveriam considerar que todas as demais relações jurídicas travadas com base na lei eram válidas, já que para estas a lei só deixava de vigorar após a anulação promovida pela Corte Constitucional. Obedecia-se, como se pode observar, quando a Corte Constitucional estivesse julgando não a lei em tese, mas verdadeiros litígios sob sua alçada, a mesma lógica do controle de constitucionalidade norte-americano, ou seja, da eficácia *ex tunc* da decisão que reconhece a inconstitucionalidade de uma lei. (A jurisdição constitucional e administrativa a serviço do Estado federativo segundo a nova Constituição federal austríaca de 1º de outubro de 1920. In: _____. Jurisdição constitucional. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 25).

¹⁸ Acentuando que a decisão proferida pela Corte Constitucional que reconhece a inconstitucionalidade de uma lei vincula todos os órgãos jurisdicionais e administrativos e, também, que deve ser publicada, conforme o caso, no boletim federal das leis, pelo Chanceler federal, e no boletim regional das leis, pelo presidente do Land, cf. ÖHLINGER, Theo. La giurisdizione costituzionale in Austria. Quaderni Costituzionali. Bologna, anno II, n. 3, p. 545, Dicembre, 1982.



decisão^{19/20}, período no qual não poderia a lei voltar a ser impugnada por nenhum órgão.

Por outro lado, somente com a reforma constitucional de 1929 é que se admitiu a possibilidade de a questão da inconstitucionalidade vir a ser levantada por um órgão judicial, mesmo assim apenas quando a causa estivesse pendente de julgamento nos tribunais superiores²¹, ocasião em que a Constituição passou a autorizar que o incidente fosse remetido para julgamento pela Corte Constitucional, ao mesmo tempo em que o processo originário deveria ficar suspenso, esperando o julgamento do incidente²².

É de ser enaltecido que o poder conferido pela Constituição austríaca, ainda em vigor, de determinar a anulação da norma inconstitucional apenas para o futuro, bem assim de revigorar a legislação revogada por aquela, fez com que o Tribunal de Justiça Constitucional não precisasse se aventurar e se expor na criação de técnicas engenhosas²³, ao contrário do que aconteceria, com o Tribunal Constitucional Federal alemão e a Corte Constitucional italiana.

¹⁹ Kelsen, Hans. O controle judicial da constitucionalidade: um estudo comparado das constituições austríaca e americana. In: _____. Jurisdição constitucional. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 305.

²⁰ De acordo com Fernández Segado, hodiernamente, nos termos do artigo 140, nº 5, da Constituição austríaca, esse prazo não pode exceder dezoito meses. (Algunas reflexiones generales en torno a los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad y a la relatividad de ciertas fórmulas estereotipadas vinculadas a ellas. Revista de Direito Público. Lisboa, ano I, n. 1, p. 101, jan./jun. 2009).

²¹ Cf. VERGOTTINI, Giuseppe. Diritto costituzionale comparato. Padova: Cedam, 1981. p. 134.

²² Note-se que, de acordo com Theo Öhlinger, a Constituição austríaca, quando alterada em 1975, passou a admitir que todo e qualquer órgão jurisdicional de segunda instância provocasse, incidentalmente, o exame de constitucionalidade de uma lei pelo Tribunal de Justiça Constitucional, assim como passou a admitir que qualquer cidadão possa provocar diretamente o Tribunal de Justiça Constitucional, através de um recurso individual (individualbeschwerde), conferindo, neste último caso, a possibilidade quase ilimitada de os cidadãos acederem ao controle das leis. Além disso, esclarece que a decisão que reconhece a inconstitucionalidade, nos casos em que a questão tenha sido formulada por via incidental, produz efeitos retroativos no que tange à relação jurídica debatida no caso concreto. (La giurisdizione costituzionale in Austria. Quaderni Costituzionali. Bologna, anno II, n. 3, p. 542-543 e 545, Dicembre, 1982).

²³ Nesse sentido, vide ÖHLINGER, Theo. La giurisdizione costituzionale in Austria. Quaderni Costituzionali. Bologna, anno II, n. 3, p. 546, Dicembre, 1982.



3 EFICÁCIA DO RECONHECIMENTO DA INCONSTITUCIONALIDADE EM ALGUNS DOS SISTEMAS HÍBRIDOS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DA ATUALIDADE

Considerando a classificação já divisada entre «sistemas híbridos de controle incidental» e «sistemas híbridos difuso-concentrados», entendidos como derivações dos modelos clássicos ou originários, serão feitas considerações sobre os casos alemão, italiano e espanhol, como exemplos dos primeiros, e sobre o caso português, como exemplo do segundo.

3.1 Alemanha

Na República Federal alemã que surgiu após o término da Segunda Guerra Mundial, instituiu-se o Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*) como o único órgão apto a controlar a constitucionalidade das leis e dos atos normativos.

Foram legitimados para provocar por ação direta o Tribunal Constitucional Federal, quando entendessem que a lei ordinária violava a Lei Fundamental, o Governo Federal, os Governos Estaduais e um terço dos membros do Parlamento Federal²⁴.

Contudo, é de ser destacado que o modelo possibilitou, diversamente do que se passava originariamente em Áustria, que os órgãos judiciais, diante de litígios concretos sob sua apreciação, sempre que tivessem uma dúvida relevante acerca da constitucionalidade de uma lei²⁵, levassem a questão ao conhecimento do Tribunal Constitucional Federal.

Enquanto a questão incidental não fosse resolvida, o processo originário deveria ficar suspenso, e a decisão que viesse a ser proferida pelo Tribunal Constitucional vinculava o órgão judicial que havia proposto o incidente quanto à constitucionalidade ou não da lei, daí porque também se costuma chamar a espécie de controle incidental.

Ocorre que, mesmo parecendo ser o modelo instituído na Alemanha

²⁴ De acordo com o artigo 93, I, nº 2, da Lei Fundamental alemã.

²⁵ No entanto, percebe-se que, de acordo com o que aduz Gilmar Mendes, tanto as leis pré-constitucionais quanto as pós-constitucionais podem ser sindicadas através do controle abstrato de constitucionalidade, enquanto, por meio do controle incidental e concreto, somente é possível o exame da conformidade das leis pós-constitucionais. (Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 106).



mais próximo do modelo kelseniano, prevaleceu, naquilo que mais de perto interessa a essa abordagem, adisciplina retroativa ou *ex tunc* da declaração de inconstitucionalidade²⁶, o que era da tradição do controle exercitado nos Estados Unidos, a partir da ideia de supremacia constitucional²⁷.

É certo, porém, que a eficácia retroativa conhece certos limites, não podendo alcançar, em regra, os casos julgados, excetuadas as condenações criminais fundadas em norma ou interpretação de norma tida por inconstitucional pelo Tribunal Constitucional Federal, que podem ser revistas a qualquer tempo, em que pese o sistema alemão admitir a oposição de embargos às execuções pendentes, a fim de impedir o enriquecimento sem causa, quando estiverem baseadas em normas declaradas nulas, por sua ilegitimidade²⁸, o que significa, nesses últimos casos, a perda da eficácia *pro futuro*.

Finalmente, não é demais dizer que se atribui força obrigatória à manifestação do Tribunal Constitucional Federal acerca da constitucionalidade das leis, o que equivale a dizer, naquele país, eficácia *erga omnes*, valendo como se fosse uma lei, e vinculativa, isto é, a qual todos os órgãos dos poderes constituídos do Estado devem obediência, o que está de acordo com o ideal de concentração das decisões sobre o tema naquele tribunal, tal qual dimana de sua fonte de inspiração austríaca-kelseniana²⁹.

²⁶ Observe-se que o § 78, da Lei do Tribunal Constitucional Federal alemão, fala em declarar nulas leis desconformes à Lei Fundamental e não em anulação de leis: “Se o Tribunal Constitucional Federal chegar à convicção de que direito federal é incompatível com a Lei Fundamental ou direito estadual é incompatível com a Lei Fundamental ou com outro direito federal, então, declara essa lei nula. Se mais determinações da mesma lei, pelos mesmos fundamentos, são incompatíveis com a Lei Fundamental ou com outro direito federal, pode o Tribunal Constitucional Federal igualmente declará-las nulas.” (ALEMANHA. Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal Alemão. Trad. de Luís Afonso Heck. Revista Brasileira de Direito Constitucional, n. 1, p. 249, jan./jun., 2003).

²⁷ Ver MENDES, Gilmar Ferreira. Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 198.

²⁸ MARQUES, Andreo Aleksandro Nobre. Controle de constitucionalidade dos atos jurisdicionais transitados em julgado. Curitiba. Juruá, 2009. p. 88.

²⁹ Apesar de que a Lei Fundamental, em seu artigo 94, nº 2, delegou ao legislador ordinário disciplinar em quais caso as decisões do Tribunal Constitucional Federal teriam força de lei, o que foi feito no § 31, nº 2, da Lei do Tribunal Constitucional Federal, ocasião em que se estabeleceu que as decisões proferidas pela Corte em controle abstrato e em controle concreto são dotadas daquela eficácia.



3.2 Itália

A Itália também adotou um modelo assemelhado ao alemão, revelando uma mescla das características dos sistemas constitucionais clássicos.

A Constituição de 1947 instituiu a *Corte Costituzionale* também para exercer, com exclusividade, o poder de declarar a inconstitucionalidade das leis e de outros atos com força de lei³⁰, o papel de guardião da Constituição, através de uma ação direta, a ser veiculada pelo Governo Central, diante das leis regionais, e pelos Governos das Regiões, diante das leis nacionais ou das outras regiões³¹, mas deixando aberta uma via de acesso alternativa, a ser exercitada pelos órgãos judiciais *ex officio* ou a pedido das partes, neste último caso, sendo a questão relevante ou não manifestamente infundada³², em uma causa pendente de julgamento, que deverá permanecer suspensa até que a *Corte Costituzionale* decida o incidente de inconstitucionalidade suscitado³³.

Mais uma vez, mesmo tendo sido encetada a concentração do poder de controle da constitucionalidade nas mãos de um único órgão, o que resultava da influência exercida pelo protótipo austríaco, não vingou a ideia de anulabilidade da lei inconstitucional e sim da nulidade *ab ovo*³⁴, produzindo, assim, a decisão da Corte Constitucional, efeitos *ex tunc*³⁵.

³⁰ Prescreve o artigo 134, da Constituição da República italiana: “La Corte Costituzionale giudica sulle controversie relative alla legittimità costituzionale delle leggi e degli atti aventi forza di legge, dello Stato e delle Regioni(…)” (ITÁLIA. Costituzione della Repubblica Italiana. Disponível em: <<http://www.constitution.org/cons/italy.txt>>. Acesso em: 29 mar. 2007).

³¹ CRIZAFULLI, Vezio; PALADIN, Livio. Comentario breve alla Costituzione. Padova: Cedam, 1990. p. 786.

³² SEGADO, Francisco Fernández. La jurisdicción constitucional en España. Madrid: Dykinson, 1984. p. 38.

³³ MUSSO, Enrico Spagna. Diritto costituzionale. 4. ed. Padova: Cedam, 1992. p. 625.

³⁴ Isso fez com que, curiosamente, Eduardo García de Enterría, a partir de um ponto de vista pouco explorado e contrariamente aos autores italianos, entendesse haver uma maior semelhança dos modelos da Alemanha e da Itália com o dos Estados Unidos, como o resultado do acolhimento do princípio da supremacia constitucional. (Controle de constitucionalidade na Europa. Revista de Direito Público. São Paulo, ano XX, n. 84, p. 7-8, out./dez., 1987). Seguindo este entendimento, ver SEGADO, Francisco Fernández. La jurisdicción constitucional en España. Madrid: Dykinson, 1984. p. 1984. No sentido de uma maior proximidade com o modelo austríaco, cf. CRIZAFULLI, Vezio; PALADIN, Livio. Comentario breve alla Costituzione. Padova: Cedam, 1990. p. 773.

³⁵ PALADIN, Livio. Diritto costituzionale. 4. ed. Padova: Cedam, 1998. p. 770.



Atente-se, todavia, que, no caso italiano, o artigo 136 da Constituição até permitia o desenvolvimento de uma interpretação diversa, que chegou mesmo a ser defendida por alguns autores³⁶. É que o referido enunciado normativo determina que a disposição de lei declarada inconstitucional deixa de ter eficácia no dia sucessivo à publicação da decisão, o que possibilita concluir que o constituinte teria optado por sufragar, na linha kelseniana, a regra de que a lei inconstitucional é apenas anulável, e que o pronunciamento da Corte Constitucional teria efeitos equivalentes à revogação da lei, restando incólumes todos os efeitos produzidos pela norma inconstitucional anteriormente à decisão daquele órgão. Contudo, não foi essa a tese, repita-se, que vingou³⁷.

Todavia, não é absoluta a eficácia retroativa das decisões que reconhecem a inconstitucionalidade da lei, devendo permanecer intangíveis as situações já consolidadas ou exauridas, como as sentenças já transitadas em julgado, salvo em caso de condenações criminais, que podem ser revistas a qualquer tempo, e aquelas que já tenham sido alcançadas pela prescrição ou decadência³⁸.

³⁶ Nesse sentido, sustentando que os efeitos da declaração de inconstitucionalidade na Itália são similares à Áustria, distinguindo-se da sistemática alemã, de efeitos retroativos, cf. VERGOTTINI, Giuseppe. *Diritto costituzionale comparato*. Padova: Cedam, 1981. p. 135. Era o que também defendia Calamandrei, apesar de que o autor toscano mudaria posteriormente de opinião, especialmente a partir do que dispôs o penúltimo parágrafo do artigo 30 da Lei nº 87, de 11 de Março de 1953, passando a sustentar que a decisão surtia efeitos ex tunc. (Apud SEGADO, Francisco Fernández. Algunas reflexiones generales en torno a los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad y a la relatividad de ciertas fórmulas estereotipadas vinculadas a ellas. *Revista de Direito Público*. Lisboa, ano I, n. 1, p. 98-99, jan./jun., 2009).

³⁷ Como muito bem observa Alessandro Pace, uma eficácia ex nunc das decisões da Corte Constitucional não se compatibilizava com a «incidentabilidade do juízo de legitimidade constitucional», que veio a ser delineado só após o advento da Constituição, mais precisamente através do artigo 1º da Lei Constitucional nº 1 de 1948, devendo o artigo 136 da Constituição ser interpretado no sentido de uma obrigatoriedade de os tribunais judiciais em geral, a partir da decisão positiva exarada pela Corte Constitucional, desaplicarem a lei inconstitucional, sem que seja mais necessário suscitar o incidente de constitucionalidade. (La tutela costituzionale del diritto dia gire nei rapporti pendenti. *Quaderni Costituzionali*. Bologna, anno IX, n. 1, p. 7, Aprile, 1989).

³⁸ Nesse sentido, veja o que anota Francesco Saja, que inclusive faz menção à Sentença nº 139 de 1984, da Corte Costituzionale que se debruçou sobre a matéria. (L'efficacia nel tempo delle sentenze di accoglimento. *Quaderni Costituzionali*. Bologna, anno IX, n. 1, p. 53-55, Aprile, 1989). Cf., também, MARQUES, Andreo Aleksandro Nobre. *Controle de constitucionalidade dos atos jurisdicionais transitados em julgado*. Curitiba. Juruá, 2009. p. 92-93.



Verifica-se, assim, da mesma maneira que sucede nos modelos alemão e austríaco, que se reconhece às decisões proferidas pela Corte Constitucional sobre a conformidade das leis ou dos atos com força de lei a produção de efeitos em face de todos, vinculando inclusive os demais órgãos estatais³⁹.

3.3 Espanha

O modelo espanhol seguiu a linha daqueles projetados para a Alemanha e Itália, apesar de instaurado muito mais recentemente, com a Constituição de 1978, que previu a existência de um Tribunal Constitucional.

O Tribunal Constitucional espanhol igualmente pode ser provocado diretamente para a proteção objetiva da Constituição, ou seja, por meio de ação, chamada de recurso de inconstitucionalidade⁴⁰, a ser proposta pelo Governo, pelo Defensor do povo, por cinquenta deputados ou cinquenta senadores, e pelos órgãos das comunidades autônomas, valendo a declaração de inconstitucionalidade *erga omnes*, vinculando todos os poderes públicos.

Também foi aberto o caminho do controle incidental, diante de casos concretos submetidos a julgamento⁴¹, mediante a proposição de uma *cuestión de inconstitucionalidad*, de ofício pela autoridade judicial ou a pedido das partes, desde que haja uma dúvida razoável sobre a constitucionalidade da lei e que a questão seja relevante para o julgamento do litígio⁴², a ser decidida pelo Tribunal Constitucional.

Como se dera em Alemanha e Itália, na Espanha grassou o entendimento de que as decisões do Tribunal Constitucional que reconhecem a inconstitucionalidade da lei liberam eficácia retroativa, o que decorria, de toda maneira, do disposto no artigo 39, nº 1, da Lei Orgânica do Tribunal

³⁹ Mas, diversamente, as decisões que rejeitam a questão de inconstitucionalidade (sentenze di rigetto), em comparação agora apenas com o modelo alemão, que também admite o controle incidental, têm seus efeitos circunscritos ao processo em que o incidente foi suscitado, sendo possível, então, que em outro caso concreto, perante juízo diverso, volte a ser a matéria questionada perante a Corte Constitucional. Sobre o assunto, consulte PALADIN, Lívio. *Diritto costituzionale*. 4. ed. Padova: Cedam, 1998. p. 775; MUSSO, Enrico Spagna. *Diritto costituzionale*. 4. ed. Padova: Cedam, 1992. p. 627.

⁴⁰ Ver o artigo 159, nº 1, a, da Constituição Espanhola.

⁴¹ Cf. VERGOTTINI, Giuseppe. *Diritto costituzionale comparato*. Padova: Cedam, 1981. p. 135.

⁴² Nesses termos, ver SEGADO, Francisco Fernández. *La jurisdicción constitucional en España*. Madrid: Dykinson, 1984. p. 110-111.



Constitucional⁴³, não podendo alcançar, no entanto, os casos julgados, exceto nas hipóteses de sentenças condenatórias criminais ou de processos disciplinares fundados na lei declarada inconstitucional, nos termos do artigo 40, nº 1, da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional⁴⁴.

Em consequência, atendendo ao disposto no artigo 39, nº 1, da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional, o guardião da Constituição Espanhola firmou, em mais de uma oportunidade, que do reconhecimento da inconstitucionalidade de uma lei decorria sua nulidade *ab initio*⁴⁵.

3.4 Portugal

Dos sistemas até aqui examinados, o português é o único que se enquadra naqueles chamados “difuso-concentrados”.

Assim, ao mesmo tempo em que a atual Constituição da República Portuguesa estabelece em seu artigo 204º que os tribunais, nos feitos submetidos a julgamento, não podem aplicar normas que infrinjam o disposto na Constituição ou os princípios nela consignados, prevê, desde a primeira revisão constitucional, de 1982, a existência de um Tribunal Constitucional⁴⁶, e que, segundo o artigo 221º da CRP, é competente especificamente para administrar a justiça em matérias de natureza jurídico-constitucional.

No exercício da fiscalização abstrata sucessiva, as sentenças do Tribunal Constitucional que reconheçam a inconstitucionalidade da lei, a bem da segurança e estabilidade jurídicas, são dotadas de força obrigatória geral, o que quer dizer que alcançam indiscriminadamente órgãos públicos e cidadãos.

Como todos os órgãos judiciais têm o dever de não aplicar normas contrárias à Constituição nos casos concretos a eles submetidos, mas ao mesmo tempo buscando zelar pela qualidade de guardião-mor do Tribunal

⁴³ SEGADO, Francisco Fernández. Algunas reflexiones generales en torno a los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad y a la relatividad de ciertas fórmulas estereotipadas vinculadas a ellas. Revista de Direito Público. Lisboa, ano I, n. 1, p. 112-116, jan./jun., 2009.

⁴⁴ MARQUES, Andreo Aleksandro Nobre. Controle de constitucionalidade dos atos jurisdicionais transitados em julgado. Curitiba. Juruá, 2009. p. 102.

⁴⁵ É o que teria sucedido, segundo Francisco Fernández Segado, nas Sentenças 14/1981, 83/1984 e 60/1986. (Algunas reflexiones generales en torno a los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad y a la relatividad de ciertas fórmulas estereotipadas vinculadas a ellas. Revista de Direito Público. Lisboa, ano I, n. 1, p. 109, jan./jun., 2009).

⁴⁶ Sucedendo ao Conselho da Revolução e à Comissão Constitucional.



Constitucional quando o assunto é a administração da justiça constitucional, a Constituição previu o cabimento de recurso para o Tribunal Constitucional das decisões dos tribunais que recusarem a aplicação de qualquer norma com fundamento na sua inconstitucionalidade, e também daquelas que aplicarem norma cuja inconstitucionalidade haja sido suscitada durante o processo⁴⁷ (artigo 280º, nº 1, *a* e *b*, da CRP).

Exercitando o Tribunal Constitucional, na hipótese do parágrafo anterior, controle difuso de constitucionalidade, relacionado, portanto, a um litígio concreto, a decisão por si proferida não é dotada de força obrigatória geral, surtindo eficácia apenas entre as partes do processo, valendo salientar que o julgamento do recurso não é da competência do Plenário, mas de uma de suas secções⁴⁸.

Não obstante, a fim de atenuar a falta de eficácia *erga omnes* da decisão proferida em controle concreto e de aproximar daquilo que vigora quando a Corte desempenha a fiscalização abstrata, estabelece o artigo 281º da CRP que se o Tribunal Constitucional tiver julgado inconstitucional qualquer norma em três casos concretos, poderá ser iniciado procedimento tendente a conferir força obrigatória geral à decisão.

No que diz respeito à disciplina da eficácia temporal da declaração de inconstitucionalidade, de acordo com o artigo 282º, nºs 1 e 2, da CRP, optou o constituinte que a decisão desprendesse efeitos *ex tunc*, tendo como consequência, inclusive, a repristinação das normas porventura revogadas pela norma inconstitucional, deixando claro que, em caso de norma constitucional posterior, a retroatividade está limitada à entrada em vigor desta última.

Assim, em regra, a sanção disposta pelo ordenamento constitucional para as leis inconstitucionais é a nulidade, o que implica em retroatividade dos efeitos da decisão que reconhece o vício⁴⁹.

Igualmente, determinou a intangibilidade dos casos julgados,

⁴⁷ Ver OTERO, Paulo. Direito constitucional português: organização do poder político. Coimbra: Almedina, 2010. v. 2, p.444-445.

⁴⁸ MIRANDA, Jorge. Manual de direito constitucional: inconstitucionalidade e garantia da Constituição. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. v. 6, p. 239-240.

⁴⁹ Cf., nesse sentido, CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito constitucional e teoria da Constituição. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 956; MIRANDA, Jorge. Manual de direito constitucional: inconstitucionalidade e garantia da Constituição. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. v. 6, p. 283-285.



ressalvando apenas a possibilidade de decisão em sentido contrário do Tribunal Constitucional, de acordo com o artigo 282º, nº 3, da CRP, “quando a norma respeitar a matéria penal, disciplinar ou de ilícito de mera ordenação social e for de conteúdo menos favorável ao arguido”.

4 A GRADATIVA ATENUAÇÃO DO DOGMA DA NULIDADE DA LEI INCONSTITUCIONAL

Tudo o que se buscou enfocar até aqui acerca do tratamento da eficácia temporal das sentenças que acolhem a inconstitucionalidade de uma lei, seja nos modelos clássicos, seja nas formas derivadas que mesclaram características daqueles, revela apenas o que, num primeiro momento, prevaleceu em cada um dos sistemas.

Pouco a pouco, a concepção radical da nulidade da lei inconstitucional, que, excluído o caso austríaco, se difundiu em todos os outros modelos aqui estudados, foi sendo revista. E isto, certamente, em razão dos novos desafios que a vida real criava e que muitas vezes iam desaguar nos tribunais com competência para examinar a conformidade das leis com a Constituição, o que fez com que o Direito tivesse que evoluir a fim de acompanhar as complexas transformações que a sociedade conheceu no século passado.

Ademais, no próprio país em que surgiu a crença da anulabilidade da lei, e que havia ficado praticamente solitário no sustentar essa perspectiva, se enxergou que nem sempre essa pode ser a melhor solução, passando a ser admitida a relativização da eficácia *ex nunc*. Realmente, desde a reforma operada em 1975, o Tribunal Constitucional da Áustria foi autorizado a conceder eficácia retroativa à decisão que reconhecesse a inconstitucionalidade da lei^{50/51}, contradizendo aquilo que havia sido idealizado por Kelsen como recomendável.

⁵⁰ Cf. PIZZORUSSO, Alessandro. I sistemi di giustizia costituzionale: dai modelli alla prassi. Quaderni Costituzionali. Bologna, anno II, n. 3, p. 523-524, Dicembre, 1982.

⁵¹ De toda maneira, a bem da segurança jurídica, ficam fora do alcance da eficácia retroativa emanada do Tribunal de Justiça Constitucional, como informa Theo Öhlinger, as sentenças e atos administrativos transitados em julgado que se fundaram na norma posteriormente tida por inconstitucional. (La giurisdizione costituzionale in Austria. Quaderni Costituzionali. Bologna, anno II, n. 3, p. 546, Dicembre, 1982).



Pode-se dizer, assim, que a evolução social possibilitou enxergar que o extremismo das concepções matrizes é que era pernicioso, e concluir que é possível operar, de acordo com a situação que esteja em jogo, com a flexibilização seja da ideia de nulidade da lei inconstitucional, seja da crença de sua anulabilidade.

Na continuidade, será mostrado como foi sendo colocado em dúvida o dogma, mais difundido, da nulidade da lei inconstitucional, começando pelo modelo norte-americano, que também poderia, por sua originalidade, ser mais refratário a mudanças.

4.1 A influência exercida pela *prospective theory* sobre a modulação dos efeitos das decisões que reconhecem a inconstitucionalidade nos Estados Unidos

Paulatinamente, a jurisprudência norte-americana foi estabelecendo exceções ao princípio da nulidade da lei contrária à Constituição⁵², passando a aceitar, então, que fosse apta a produzir efeitos válidos desde que diante de uma situação em que fosse vital para a tutela de direitos adquiridos em boa-fé, ou por conveniência pública⁵³.

Isso se deveu não só pela ideia, derivada das antigas raízes da *common law*, e que foi sendo retomada a partir de certo momento, de que a atividade judicial não se resumia a uma mera aplicação do Direito, antes consistia em criação do Direito⁵⁴, mas também como consequência de delicadas situações

⁵² Ver LLORENTE, Francisco Rubio. La jurisdicción constitucional como forma de creación de derecho. Revista Española de Derecho Constitucional. Madrid, año 8, n. 22, p. 45-48, Enero/Abril, 1988.

⁵³ Nesses termos, ver GARCÍA-PELAYO, Manuel. Derecho constitucional comparado. Madrid: Alianza, 1984. p. 433.

⁵⁴ Abordando a evolução, nos Estados Unidos, de uma *declaratory theory* para uma *prospective theory* da actividade judicial, isto é, da alteração da ideia, corrente no séc. XIX, de que os tribunais se limitam a declarar o direito pré-existente, tal qual sustentado por Blackstone, para a aceitação, na linha do que foi desenvolvido por Austin, Holmes e Cardozo, os dois últimos juízes da Suprema Corte, da concepção que os tribunais, verdadeiramente, criavam o Direito, e refletindo sobre como isso possa ter influenciado na superação do valor absoluto atribuído à regra da eficácia retroativa da decisão que reconhece a inconstitucionalidade, cf. SEGADO, Francisco Fernández. Algunas reflexiones generales en torno a los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad y a la relatividad de ciertas fórmulas estereotipadas vinculadas a ellas. Revista de Direito Público. Lisboa, ano I, n. 1, p. 112-116, jan./jun., 2009.



que começavam a ser objeto de discussão nos tribunais.

Uma das razões que justificam, desde logo, a não retroatividade dos efeitos de uma decisão que reconhece a invalidade de uma lei, diz respeito à coisa julgada, isto é, ao julgamento transitado em julgado que se apoiou em dada interpretação da lei, seja a considerando válida, seja inválida, muitas vezes acompanhando o entendimento formulado pela própria Suprema Corte acerca da matéria, mas que vem a ser posteriormente superado por esta, e que, por razões de ordem pública, relacionada à segurança jurídica, deve permanecer intangível⁵⁵.

Um julgamento bastante célebre e ilustrativo refere-se ao caso «*Likletter vs. Walker*», no qual se discutia a partir de que momento deveria vigorar em relação aos Estados a exigência firmada no julgamento do caso «*Mapp vs. Ohio*», de exclusão da prova colhida em violação às disposições referentes a buscas e capturas da quarta emenda, e que tinha por esteio a cláusula do *due process*, da décima quarta emenda, no qual a Suprema Corte não fez acompanhar, como de costume, ao reconhecimento da inconstitucionalidade, uma eficácia retroativa⁵⁶.

A Suprema Corte decidiu, em sintonia do que havia sido julgado

⁵⁵ É o que teria sido firmado pela Suprema Corte, de acordo com Edward L. Barrett, Jr., Paul W. Bruton e John Honnold, no caso «*Chicot County Drainage District vs. Baxter State Bank*, 308 U.S. 371, 374 (1940), onde foi esclarecido que não se justifica o princípio da absoluta retroatividade da invalidade, portanto, que «o passado não pode ser sempre apagado por uma nova declaração judicial». (Constitutional law: cases and materials. 3. ed. Mineola: Foundation Press, 1968. p. 108).

⁵⁶ A transcrição da opinião of the Court, da lavra do Justice Clarck, e do dissent, do Justice Black, acompanhado pelo Justice Douglas, pode ser vista em BARRET, JR., Edward L.; BRUTON, Paul W.; HONNOLD, John. Constitutional law: cases and materials. 3. ed. Mineola: Foundation Press, 1968. p. 760-768. Note-se que, no dissent, o Justice Black chamava atenção especialmente para a injustiça que resultava de se considerar a prova, colhida em contrariedade à Constituição, inválida para a senhora Mapp, que havia sido então inocentada, e de não a considerar igualmente inválida para o senhor Linkletter, que deveria permanecer preso, apenas pelo fato de seu processo ter sido concluído antes do julgamento do caso da senhora Mapp. Como já foi reportado, outros ordenamentos possuem soluções diversas, uma vez que admitem a revisão da coisa julgada sempre que possa resultar benefício ao acusado condenado com base em uma lei inconstitucional. Na verdade, aquilo que se reconheceu por inconstitucional no julgamento do caso «*Mapp vs. Ohio*», serviu para beneficiar a senhora Mapp, que era parte no processo. No entanto, por uma questão de política criminal, e para não contrariar as expectativas geradas pelo anterior entendimento da Suprema Corte no sentido de que a proibição de buscas e capturas em violação à Constituição era exigível apenas nos feitos em curso perante tribunais federais, mas não junto às cortes estaduais, estabeleceu-se que o novel entendimento não poderia retroagir para alcançar os casos já definitivamente julgados antes da decisão de «*Mapp vs Ohio*».



pelo tribunal *a quo*, que a referida exigência não se aplicaria aos casos definitivamente julgados no período anterior ao julgamento do caso “Mapp vs. Ohio”, é dizer, estabeleceu uma eficácia puramente prospectiva de sua decisão.

Outros julgados podem ser mencionados, nos quais a Suprema Corte adotou posicionamento similar ao caso “Linkletter vs. Walker”, todos no sentido da relativização da eficácia *ex tunc* de uma decisão que superava um anterior entendimento da Corte sobre procedimento criminal.

Assim, no caso “Tehan vs. U.S.”, aplicou-se o entendimento baixado em “Linkletter vs. Walker”, proibindo que o que foi decidido em “Griffin vs. California” pudesse afetar os casos julgados anteriores a esta decisão; Em “Johnson vs. New Jersey”, tendo diante de si a questão de se o entendimento baixado em “Escobedo vs. Illinois” e “Miranda vs. Arizona”, acerca do direito à consulta e sobre confissões, deveria produzir eficácia *pro praeterito*, resolveu a Corte que os novos entendimentos somente poderiam ser aplicados aos casos iniciados após os julgamentos nos quais foram exarados; por fim, em “Stovall vs. Denno”, onde também se discutia a eficácia retroativa do entendimento manifestado em julgamentos anteriormente exarados pela Suprema Corte, acerca de confrontações com vistas à identificação, também se firmou que o que fora decidido em “United States vs. Wade” e “Gilbert vs. California”, somente tinha aplicação naqueles casos concretos e nos casos posteriores àqueles julgamentos⁵⁷.

Vê-se, portanto, que em “Johnson vs. New Jersey” e “Stovall vs. Denno”, a Suprema Corte conferiu eficácia ainda mais prospectiva às próprias decisões, já que não punha mais fora do alcance apenas os casos já definitivamente julgados, mas todos que houvessem iniciado antes da decisão que superava o entendimento da Corte até então vigente, sendo certo que, ao mesmo tempo, consentia com a eficácia retroativa da decisão apenas para o caso concreto em que se dava a superação da jurisprudência anterior⁵⁸.

⁵⁷ Cf. BARRET, JR., Edward L.; BRUTON, Paul W.; HONNOLD, John. Constitutional law: cases and materials. 3. ed. Mineola: Foundation Press, 1968. p. 768-769.

⁵⁸ Como anota Tribe, se uma lei inconstitucional ou procedimento estatal contrário à Constituição pudesse ser entendido como ilegítimo desde o início, todos os indivíduos condenados com base na lei ou na ação estatal inconstitucionais deveriam ser beneficiados pela eficácia retroativa da declaração de inconstitucionalidade, e, consequentemente, postos em liberdade; Se, em alternativa, o reconhecimento da inconstitucionalidade apenas alcançasse o caso sob



Assim, para uma corrente doutrinária e jurisprudencial, mesmo que não pacífica, caberia ao órgão judicial, diante do caso concreto, ao reconhecer a inconstitucionalidade de uma lei, decidir sobre a melhor forma de dispor sobre os efeitos decorrentes da inconstitucionalidade da lei, seja retroativamente, seja prospectivamente, o que serve para mostrar, pelo menos, que a doutrina da nulidade da lei inconstitucional, mesmo nos Estados Unidos, não é absoluta e incontestável, já que se conhece e se aceita, a juízo do órgão do poder judicial competente, ressalvas em certas situações⁵⁹.

4.2 As inovatórias técnicas de declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade e de apelo ao legislador moldadas pelo Tribunal Constitucional Federal

Na mesma linha de transformações, traz-se à colação aquilo que ocorreu na Alemanha, quando o Tribunal Constitucional Federal passou, cada vez mais, a se deparar com o problema da omissão inconstitucional.

O Tribunal Constitucional, partindo do entendimento de que cabe prioritariamente ao legislador concretizar a Constituição, assentou que não poderia preencher as lacunas porventura existentes, sob pena de afronta ao princípio da divisão de poderes e ao princípio democrático, o que o levou a desenvolver novas técnicas de decisão aplicáveis a essa matéria⁶⁰.

Diante disso, criou a técnica da “declaração de inconstitucionalidade

juízo, não se poderia discutir a legalidade das condenações anteriormente firmadas com base na lei ou no procedimento contrário à Constituição. No entanto, ainda de acordo com o referido autor, no julgamento de «Linkletter vs. Walker», a Suprema Corte afastou os dois extremos, tratando o caso como de política judiciária, por considerar que a Constituição não proíbe nem exige a eficácia ex tunc, de maneira que deve a Corte, em cada caso concreto, definir a eficácia de suas decisões. Por outro lado, acrescenta que a posição tomada no sentido de que o novo entendimento somente deve ser aplicado para os casos futuros, salvo em relação ao acusado do próprio caso onde tenha sido firmado, que deve se beneficiar do efeito retroativo, seria com vistas a reduzir o tratamento desigual aos acusados em posições similares (American constitutional law. 2. ed. Mineola: The Foundation Press, 1988. p. 30-31).

⁵⁹ Cf., nesse sentido, SEGADO, Francisco Fernández. Algunas reflexiones generales en torno a los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad y a la relatividad de ciertas fórmulas estereotipadas vinculadas a ellas. Revista de Direito Público. Lisboa, ano I, n. 1, p. 104-105, jan./jun., 2009.

⁶⁰ MENDES, Gilmar, Novos aspectos do controle de constitucionalidade brasileiro. Direito Público, n. 27, p. 20, mai/jun., 2009.



sem a pronúncia da nulidade”, também denominada de “decisão de mera inconstitucionalidade”, dotada de carácter mandamental, na qual aceita a inconstitucionalidade da norma, mas recusa a declará-la nula, evitando a produção de um vazio no ordenamento jurídico, por entender que é menos lesivo à Lei Fundamental, em certos casos, manter no sistema uma norma inconstitucional do que simplesmente expurgá-la⁶¹, ao mesmo tempo em que endereça ao legislador uma ordem para que afaste o mais rapidamente possível a inconstitucionalidade decorrente da omissão legislativa reconhecida⁶².

Logo, por considerar que a lei não é inconstitucional para todas as relações jurídicas que nela encontram fundamento, mas sim que a inconstitucionalidade está no tratamento diferenciado em relação a pessoas na mesma situação, decidiu o Tribunal Constitucional caber ao legislador infraconstitucional afastar à ofensa ao princípio da isonomia, por entender haver inúmeras vias possíveis para atingir tal desiderato.

A declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade acarretaria, assim, a suspensão, a partir da decisão, da aplicação da norma inconstitucional pelos órgãos estatais, respeitando-se as relações até então produzidas sob o albergue da norma. Em outras palavras, surtiria efeitos *ex nunc*.

Na prática, o que fez o Tribunal Constitucional foi encontrar uma forma de contornar ou mesmo de não cumprir a determinação provinda do § 78, da Lei do Tribunal Constitucional Federal, no sentido de que, reconhecida uma inconstitucionalidade, se devia necessariamente declarar a nulidade.

Não é demais asseverar que, posteriormente, o próprio legislador sufragou o entendimento da Corte, de modulação dos efeitos de sua decisão, já que, desde 1970, restou autorizado, no § 31, nº 2, 2º e 3º períodos, da Lei do

⁶¹ SCHLAICH, Klaus. Corte Costituzionale e controllo sulle norme nella Repubblica Federale di Germania. Quaderni Costituzionali. Bologna, anno II, n. 3, p. 575, Dicembre, 1982.

⁶² Acerca da paradigmática decisão datada de 11 de junho de 1958, na qual o Tribunal Constitucional deixou de declarar a inconstitucionalidade de lei, pois a nulidade não traria quaisquer benefícios aos prejudicados, em que pese fosse apta ao restabelecimento da igualdade, mas excluiria o direito daqueles que haviam sido contemplados pela lei, o que faria com que o tratamento da matéria se afastasse ainda mais do que dimanava da Lei Fundamental, bem assim de outras decisões análogas do Tribunal Constitucional Federal alemão, exaradas em 6 de Novembro de 1962 e em 31 de Março de 1971, cf., SILVA, Jorge Pereira, Dever de legislar e protecção jurisdiccional contra omissões legislativas. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2003. p. 115-116.



Tribunal Constitucional Federal, além da declaração de constitucionalidade e de nulidade, a declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade⁶³.

Além disso, criou a técnica de «apelo ao legislador», até hoje não reconhecida no direito positivo⁶⁴, na qual o Tribunal Constitucional Federal afirma que a norma ainda é constitucional, rejeitando, portanto, a declaração de inconstitucionalidade, mas, ao mesmo tempo, instando, apelando ao legislador que aja sem demora, chegando mesmo a estabelecer prazos, para que o estado de tendente inconstitucionalidade, derivado da omissão legislativa em não adequar a legislação infraconstitucional às mudanças nas relações fáticas, não se instale definitivamente⁶⁵.

Entende o Tribunal Constitucional que, em certas situações, é preciso conceder mais tempo ao legislador para que compatibilize a legislação ordinária à Lei Fundamental, conclusão que se constrói a partir da incidência dos princípios da interpretação conforme e da presunção da constitucionalidade das leis, tempo este que às vezes é fixado pela própria decisão⁶⁶.

Possibilita, então, esta técnica, que determinada norma continue vigente, a bem da segurança jurídica, apesar de indiciar uma inconstitucionalidade que, com grande possibilidade, virá a ser declarada no futuro, caso o legislador não providencie nova legislação.

⁶³ Cf. MENDES, Gilmar. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 210.

⁶⁴ Ver, nesse sentido, SILVA, Jorge Pereira da. *Dever de legislar e protecção jurisdicional contra omissões legislativas*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2003. p. 116.

⁶⁵ Como afirma Gilmar Mendes: “ (...) Essa técnica de decisão assumiu relevância ímpar nos casos da legislação pré-constitucional incompatível com a lei fundamental. A cassação dessas leis pré-constitucionais poderia levar, em muitos casos, a uma situação de autêntico caos. Daí ter reconhecido que o legislador haveria de dispor de um prazo razoável para adaptar o direito ordinário à nova ordem constitucional, reconhecendo como “ainda constitucional” o direito anterior, que deveria ser aplicado nessa fase de transição.” (Novos aspectos do controle de constitucionalidade brasileiro, p. 21). Acrescenta, ainda, Jorge Pereira da Silva, que “(...) Na verdade, a inconstitucionalidade não é aqui originária, resultando antes da falta de intervenção legislativa destinada a adaptar às novas realidades a norma jurídica em causa. Esse processo de inconstitucionalização progressiva, como já se sabe, pode dar-se tanto por razões de facto, como por razões de direito, como pela conjugação de ambas.” (Dever de legislar e protecção jurisdicional contra omissões legislativas. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2003. p. 119).

⁶⁶ SCHLAICH, Klaus. *Corte Costituzionale e controllo sulle norme nella Repubblica Federale di Germania*. Quaderni Costituzionali. Bologna, anno II n. 3, p. 576, Dicembre, 1982.



Tanto a técnica de declaração da norma como «meramente inconstitucional», quanto a técnica em que se declara a norma «ainda constitucional», evidenciam a intenção do Tribunal Constitucional de, em certas hipóteses, atenuar a obrigatoriedade da incidência da, às vezes problemática, eficácia *ex tunc* da declaração de inconstitucionalidade e, por consequência, da nulidade *ab initio*, modulando os efeitos de sua decisão de maneira diversa^{67/68}, a fim de não provocar, uma situação ainda mais apartada daquilo que promana da Lei Fundamental.

4.3 As sentenças desenvolvidas pela Corte Constitucional italiana

A Corte Constitucional italiana verificou, com o passar do tempo, que era insuficiente, para o cumprimento de seu mister, proferir sentenças que rejeitassem a alegação de inconstitucionalidade (*sentenze di rigetto*) ou que a acolhessem (*sentenze di mero accoglimento*).

Assim, desenvolveu outros tipos de decisões, importando nessa abordagem tratar das denominadas sentenças monitorias ou de advertência (*le sentenze monito*), além das controversas sentenças aditivas (*le sentenze additive*).

Nas *sentenze monito*, a Corte Constitucional termina por afastar a alegação de inconstitucionalidade, se bem que renunciando um futuro acolhimento, caso o legislador não procure aperfeiçoar a lei cuja constitucionalidade fora colocada em dúvida. Trata-se, portanto, de técnica semelhante ao «apelo ao legislador» desenvolvida pelo Tribunal Constitucional Federal alemão.

Já com a técnica das *sentenze additive*, a Corte Constitucional realiza mais do que a mera declaração de inconstitucionalidade parcial, pois ao reformular a parte inconstitucional da disposição normativa, cria uma nova

⁶⁷ RUIZ, M^a Angeles Ahumada. El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas. Revista del Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, n. 8, p. 183, Ene./Abr., 1991.

⁶⁸ Apesar de se colocar em dúvida do ponto de vista jurídico a força vinculativa que decorre deste tipo de pronunciamento, o certo é que o legislador alemão tem sido cooperante, atendendo com presteza aos reclamos do Tribunal Constitucional, mostrando-se, assim, o «apelo ao legislador», dotado de eficácia. Cf., nesse sentido, MENDES, Gilmar. Novos aspectos do controle de constitucionalidade brasileiro. Direito Público. Brasília, n. 27, p. 21, mai./jun., 2009; SILVA, Jorge Pereira da. Dever de legislar e proteção jurisdicional contra omissões legislativas. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2003. p. 117.



norma jurídica.

Note-se, no entanto, que Crizafulli e Paladin⁶⁹ distinguem, dentro do gênero “sentenças manipulativas”, as *additive* das *sostitutive*. Nas primeiras, que podem ser chamadas também de sentenças aditivas simples, a inconstitucionalidade da disposição deriva do fato de ter sido o legislador omissor, prevendo menos do que deveria, de modo que a Corte Constitucional estende a aplicação da regra às situações similares excluídas inconstitucionalmente pelo legislador, enquanto nas segundas, a inconstitucionalidade deriva da própria disposição, que é substituída, a partir da atividade criadora da Corte Constitucional, que modifica expressamente a regra em análise, pela regra que deveria ter sido criada pelo legislador, mas não o foi⁷⁰.

Não obstante, um traço característico de ambas é que o reconhecimento da inconstitucionalidade da norma não importa em eficácia *ex tunc* ou *pro praeterito*.

Diante da resistência levantada pela doutrina e tribunais contra suas sentenças manipulativas, mesmo contra as sentenças aditivas, já que haveria um ativismo judicial bem mais acentuado nas sentenças substitutivas, passou a Corte Constitucional, a partir de meados da década de 80, assumindo uma postura de auto-contenção, a proferir sentenças aditivas de princípio⁷¹.

Nestas sentenças, a Corte Constitucional, após declarar a inconstitucionalidade da norma, não reconstrói automaticamente a disciplina necessária à colmatação da omissão legislativa, preferindo, de outro modo, prescrever um princípio constitucional aplicável à solução

⁶⁹ CRIZAFULLI, Vezio; PALADIN, Livio. *Comentario breve alla costituzione*. Padova: Cedam, 1990, p. 801). Ver também PALADIN, Livio. *Diritto costituzionale*. 3. ed. Padova: Cedam, 1998. p. 781-783. Cf., ainda, sobre as sentenças aditivas, NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Sentenças aditivas e o mito do legislador negativo. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 43, n. 170, p. 121-122, abr./jun., 2006.

⁷⁰ Ou, nas palavras de Carlos Blanco de Moraes: “(...) o referido tipo de sentença declara, por um lado, a inconstitucionalidade da norma na parte desta em que o Tribunal considera ser ilegítima e, por outro lado, acrescenta, em sua substituição, um critério de decisão diverso que deve ser conjugado com o segmento da norma não julgado inconstitucional. (As sentenças com efeitos aditivos. In MORAIS, Carlos Blanco de (Coord.). *As sentenças intermédias da Justiça Constitucional*. Lisboa: AAFDL, 2009. p. 72).

⁷¹ Cf., nesse sentido, MORAIS, Carlos Blanco de. *As sentenças com efeitos aditivos*. In MORAIS, Carlos Blanco de (Coord.). *As sentenças intermédias da Justiça Constitucional*. Lisboa: AAFDL, 2009. p. 29-30.



do problema, apesar de dotado de eficácia vinculativa, por considerar que existem vários caminhos igualmente constitucionais de preenchimento do vazio, co-obrigando e comprometendo, seja o órgão legislativo, a quem cabe prioritariamente formular os comandos normativos com eficácia geral, seja os órgãos jurisdicionais, diante da competência constitucional de resolver os casos concretos que lhes sejam submetidos, na tarefa de concretização da Constituição⁷².

Ao que mais de perto interessa a esta investigação, verifica-se, mais uma vez, mesmo no caso das sentenças aditivas de princípio, que a Corte Constitucional italiana, apesar de reconhecer a inconstitucionalidade, exime-se de declarar a nulidade com eficácia retroativa, ao mesmo tempo em que adota uma atitude de auto-contenção em relação aos demais órgãos dos poderes constituídos.

Por fim, é de ser informado que a *Corte Costituzionale* começou, a partir da Sentença nº 139 de 1984⁷³, a não fazer acompanhar necessariamente eficácia retroativa à declaração de inconstitucionalidade de uma norma, em que pese a interpretação que se consolidou na doutrina acerca do artigo 136 da Constituição italiana e de sua própria jurisprudência⁷⁴.

⁷² SILVA, Jorge Pereira da. Dever de legislar e protecção jurisdicional contra omissões legislativas. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2003. p. 125-126.

⁷³ É o que informa Francesco Saja, que aponta outros casos em que isso se repetiu, como por exemplo a Sentença nº 266 de 1988, que preservou as relações até então travadas sob a vigência da lei tida por inconstitucional, que não preservava a independência dos magistrados militares, e a Sentença nº 501 de 1988, que firmou uma data posterior para que certa lei considerada inconstitucional, sobre matéria previdenciária, deixasse de produzir validamente efeitos. (L'efficacia nel tempo delle sentenze di accoglimento. Quaderni Costituzionali. Bologna, anno IX, n. 1, p. 7, Aprile, 1989). Ver, também, comentando esses e outros casos, com vistas a sistematizar os critérios que devem ser levados em conta pela Corte Constitucional para fundamentar uma disciplina prospectiva de suas decisões, MODUGNO, Franco. I criteri della distinzione diacronica tra norme e disposizioni in sede di giustizia costituzionale. Quaderni Costituzionali. Bologna, anno IX, n. 1, p. 41-49, Aprile, 1989.

⁷⁴ Em defesa da novel postura da Corte, pode ser trazida à colação a opinião, dentre outros, de Franco Modugno, para quem o artigo 30, terceiro parágrafo, da Lei nº 87 de 1953 contradiz, desde logo, o artigo 136 da Constituição italiana, já que este último apenas fala que a norma declarada inconstitucional deixa de ter eficácia a partir do dia sucessivo à publicação da decisão da Corte que reconhece sua inconstitucionalidade, de sorte que, tratando-se aquela de norma ordinária, poderia ser declarada parcialmente inconstitucional pela Corte Constitucional, afastando-se a suposta obrigatoriedade de que sua sentença sempre surta efeitos ex tunc, apesar de entender desnecessária uma tal declaração, bastando que a Corte Constitucional se utilize de uma distinção diacrônica entre normas e preceitos, por entender que é possível retirar de cada



Em que pese a crítica desfechada por muitos de que estaria a Corte Constitucional criando em seu favor poderes não conferidos por autorização constitucional ou legal⁷⁵, é certo que o referido órgão, para poder cumprir fielmente seu mister, não poderia ficar de mãos amarradas diante de certas situações em que a segurança jurídica e o interesse público falam mais alto.

4.4 A recepção pelo Tribunal Constitucional espanhol das técnicas desenvolvidas na Alemanha e na Itália

O Tribunal Constitucional espanhol também já teve a oportunidade de empregar as técnicas desenvolvidas na Alemanha e Itália diante de omissões inconstitucionais.

Nesse sentido, informa Maria Angeles Ahumada Ruiz⁷⁶ que o Tribunal Constitucional já dispensou *recomendaciones* ou *apelaciones* ao legislador, como no caso da Sentença nº 53/1985, sobre a reforma do artigo 417 do Código Penal, que tratava do crime de aborto, na qual indicou precisamente como o legislador deveria se conduzir para contornar a inconstitucionalidade, com o objetivo de vincular seu atuar, e também na sentença nº 45/1989, de 20 de Fevereiro, relativa ao imposto de renda da pessoa física, quando se limitou a constatar a inconstitucionalidade de certos dispositivos por criarem uma discriminação não autorizada pela Constituição, mas deixando ao legislador, de acordo com sua liberdade de conformação, a escolha da melhor maneira de correção da inconstitucionalidade.

Também proferiu sentenças aditivas, seja em casos em que a lei excluiu inconstitucionalmente de sua disciplina sujeitos que também deveriam ser alcançados pela norma, em violação ao princípio da igualdade,

preceito tantas normas quantos forem os momentos de sua aplicabilidade concreta, de maneira que, retirando a eficácia das normas tidas por inconstitucionais a partir de um certo momento, isso não impediria que também se tornassem inaplicáveis para os casos concretos pendentes de julgamento. (I criteri della distinzione diacronica tra norme e disposizioni in sede di giustizia costituzionale. Quaderni Costituzionali. Bologna, anno IX, n. 1, p. 37-38 e 40-41, Aprile, 1989).

⁷⁵ Sobre o tema, cf. BARTOLE, Sergio. L'efficacia temporale delle sentenze ed il bilanciamento dei valori costituzionali. Quaderni Costituzionali. Bologna, anno IX, n. 1, p. 17, Aprile, 1989; FOIS, Sergio. Il problema degli effetti temporali alla luce delle fonti sul processo costituzionale. Quaderni Costituzionali. Bologna, anno IX, n. 1, p. 28 e seguintes, Aprile, 1989.

⁷⁶ RUIZ, M^a Angeles Ahumada. El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas. Revista del Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, año 1991, n. 8, p. 183-184, ene/abr, 1991.



como são exemplos a Sentença nº 103/1983 de 22 de Novembro e a Sentença nº 14/1983 de 23 de Novembro, nas quais se declarou a inconstitucionalidade da norma na parte em que excluía os homens do direito à pensão pela viuvez, ao mesmo tempo em que lhes estendia o benefício, seja em casos de simples omissões, como no caso do direito de objecção de consciência do cidadão sobre o serviço militar, que ainda não havia sido regulado, garantindo um conteúdo mínimo ao referido direito enquanto o legislador não emanasse a lei devida, consistente no adiamento da incorporação⁷⁷.

Por fim, e não bastando isso, na Sentença nº 45/1989 já referida, superou o entendimento anteriormente assentado, afirmando que o reconhecimento da inconstitucionalidade não importa necessariamente nulidade, e que a LOTC não exige que a sentença produza efeitos necessariamente *ex tunc*, até porque é variável o conteúdo da nulidade em cada ramo do ordenamento jurídico, mas ao contrário, remete ao próprio Tribunal a tarefa de precisar os efeitos de suas decisões⁷⁸, tendo determinado, então, a suspensão da aplicação dos dispositivos tidos como inconstitucionais até o advento de nova regulação⁷⁹.

4.5 A eficácia das decisões proferidas na fiscalização da constitucionalidade pelo Tribunal Constitucional português após a revisão constitucional de 1982

No caso de Portugal, é de ser verificado que, após a revisão constitucional de 1982, restou o Tribunal Constitucional autorizado a modular os efeitos de suas decisões, conforme pode ser verificado do artigo 282, nº 4, da CRP⁸⁰.

⁷⁷ RUIZ, M^a Angeles Ahumada. El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas. Revista del Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, año 1991, n. 8, p. 185-186, ene/abr., 1991.

⁷⁸ SEGADO, Francisco Fernández. Algunas reflexiones generales en torno a los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad y a la relatividad de ciertas fórmulas estereotipadas vinculadas a ellas. Revista de Direito Público. Lisboa, ano I, n. 1, p. 110-111 e 123, jan./jun., 2009.

⁷⁹ RUIZ, M^a Angeles Ahumada. El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas. Revista del Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, año 1991, n. 8, p. 185-186, ene/abr., 1991.

⁸⁰ Eis o teor do mencionado dispositivo: “4. Quando a segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excepcional relevo, que deverá ser fundamentado, o exigirem, poderá o Tribunal Constitucional fixar os efeitos da inconstitucionalidade ou da ilegalidade com alcance



Assim, apesar de os efeitos da declaração de inconstitucionalidade serem, em regra, *ex tunc*, de acordo com o disposto no nº 1, com a ressalva do nº 2, do artigo 282º, o certo é que, havendo razões relevantes, que deverão ser objeto de fundamentação, razões essas relacionadas à segurança jurídica, equidade ou interesse público de excepcional relevo, pode o Tribunal Constitucional modulá-los de maneira diversa, resguardando situações jurídicas que foram travadas sob a batuta da lei inconstitucional.

A utilização da autorização prevista no artigo 282º da CRP implica, então, na salvaguarda de efeitos produzidos por uma lei inconstitucional, o que pode se justificar em razão de outros valores também acolhidos pela Constituição, especialmente a certeza e segurança jurídicas, e que deverão ser ponderados pelo Tribunal Constitucional⁸¹.

5 NULIDADE OU ANULABILIDADE DA LEI INCONSTITUCIONAL?

Final de contas, quem estava com a razão, Marshall ou Kelsen? Seria a lei inconstitucional nula ou anulável?

Vimos que ao que a doutrina norte-americana tradicional chamava de nulidade, encarava como se fosse um caso de inexistência, daí porque, por lógica, da decisão que reconhecesse a inconstitucionalidade outra eficácia não podia ser defendida senão a retroativa, é dizer, de que se devia cortar o mal pela raiz, declarando-o nulo desde sua entrada em vigor, excluída a produção de quaisquer efeitos válidos pela lei inconstitucional.

Por sua vez, justamente porque Kelsen não aceitava que uma lei, mesmo contrária à Constituição, pudesse equivaler a um não-acto, a um nada jurídico, coerentemente defendia que não deveria ser tida como nula, mas somente como anulável⁸², o que fazia com que a decisão da Corte

mais restritivo do que o previsto nos nºs 1 e 2.”

⁸¹ Como já se teve a oportunidade de assinalar, caso houvesse no ordenamento jurídico alemão uma disposição similar ao artigo 282, nº 4, da CRP, não teria sido necessário que o Tribunal Constitucional Federal desenvolvesse técnicas como a de «declaração de nulidade sem pronúncia de nulidade» e de «apelo ao legislador», que causavam a impressão de que a Corte estaria «ratificando atos inconstitucionais do Parlamento». (Ver MARQUES, Andreo Aleksandro Nobre. Controle de constitucionalidade dos atos jurisdicionais transitados em julgado. Curitiba: Juruá, 2009. p. 120-121).

⁸² Aceitando, neste aspecto, o entendimento de Kelsen, equiparando o termo «nulidade» ao



Constitucional fosse dotada de eficácia desconstitutiva ou revogatória, atuando como se fosse um legislador negativo, significando dizer que até à pronúncia da Corte a lei deveria ser considerada constitucional, e, como tal, que deveriam ser reconhecidos como válidos os efeitos jurídicos produzidos antes da data do pronunciamento constitutivo da inconstitucionalidade.

No entanto, não se deve confundir nulidade com inexistência⁸³. Uma lei não existe juridicamente, por exemplo, quando votada ou baixada por órgão estatal que não tenha recebido tal poder da Constituição⁸⁴ – portanto, mais ainda em se tratando de ato baixado por pessoa ou entidade não estatal. Da mesma maneira, não existe lei quando, aprovada pelo Poder Legislativo, ainda não tiver sido sancionada e promulgada, posto faltar elemento obrigatório para o nascimento (existência) da lei⁸⁵.

termo «inexistência», que, em que pese isso, como será defendido, possuem sentidos diversos, aduz Regina Maria Macedo Nery Ferrari: "(...) Isso posto, sabemos que o ato nulo é aquele considerado como jamais existente, quando a nulidade ocorre de pleno direito e, portanto, ninguém é obrigado a obedecer-lhe. Isto, porém, não pode ser aplicado dentro do âmbito do nosso estudo, pois sabemos que uma lei traz, em si mesma, a presunção de validade, até que apurada sua invalidade pelo órgão determinado pelo ordenamento jurídico como competente para tal, permanecendo como válida e, portanto, obrigatória até este momento." (Efeitos da declaração de inconstitucionalidade. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 122).

⁸³ Desenvolvendo uma «teoria dos atos jurídicos de direito público», examinando detidamente os planos da existência e da validade, em especial no que se refere ao ato legislativo, cf. TAVARES, André Ramos. Curso de direito constitucional. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 132-170. Acerca das premissas levadas em conta para o desenvolvimento do presente estudo, em especial o entendimento que se deve ter sobre existência, validade e eficácia das normas e actos jurídicos, consulte também MARQUES, Andreo Aleksandro Nobre. Controle de constitucionalidade dos atos jurisdicionais transitados em julgado. Curitiba: Juruá, 2009. p. 33-52).

⁸⁴ Como esclarece André Ramos Tavares: "(...) O poder normativo está distribuído, no ordenamento jurídico, entre o Poder Executivo e o Poder Legislativo, concentrando-se, é certo, neste último, com maior intensidade do que naquele, embora este atue, em regra, mediante colaboração daquele. Um caso possível de lei inexistente, nestes termos, é a 'lei' criada e publicada pelo diretor responsável pelo diário oficial, que é o instrumento adequado para veicular as leis. Trata-se de agente público, que, contudo, não é indicado como um dos possíveis centros de criação do Direito. Embora haja manifestação de vontade (desse agente em específico), conteúdo de lei e forma de lei, não há o agente capaz para produzir a lei, segundo o disposto no sistema, embora haja aparência de lei. Assim, entende-se que há lei inexistente." (Curso de direito constitucional. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 144-145). Preferimos, contudo, dizer que apenas que não há lei, que inexistente lei, posto que a expressão 'lei inexistente' conteria uma *contradictio in terminis*, pois ou existe e é lei, ou não existe e não é lei.

⁸⁵ A publicação, por exemplo, não é requisito de existência da lei, que já se encontra formada, mas elemento de validade, por conferir eficácia à lei criada, isto é, a possibilidade de



Assim, não se pode entender que um ato que tenha sido votado ou baixado pelo órgão a que a Constituição atribui o poder legislativo, e que tenha obedecido aos demais elementos necessários ao seu surgimento, seja inexistente juridicamente, podendo, apenas, tratar-se de um ato inválido, por ter afrontado formal (quórum insuficiente, vício de iniciativa, por exemplo) ou materialmente a Constituição⁸⁶.

Por outro lado, a invalidade que dimana da ofensa formal ou material à Constituição é a mais grave possível, consistindo, portanto, uma nulidade de ordem absoluta. Contudo, o fato de um ato ser nulo absolutamente não significa que não possa produzir efeitos jurídicos válidos, como ocorreria no caso de verdadeira situação de inexistência jurídica⁸⁷.

Assim, o ato inválido, mesmo quando eivado de nulidade absoluta, é capaz de produzir efeitos válidos até que advenha uma decisão que reconheça o vício⁸⁸, daí porque toda decisão dessa natureza tenha eficácia não meramente declaratória, mas sobretudo constitutiva.

Nesse ponto, vê-se que as ideias de Kelsen faziam sentido, pelo

desencadear efeitos jurídicos válidos. Cf., nesse sentido, TAVARES, André Ramos. Curso de direito constitucional. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 165.

⁸⁶ Nesse sentido, esclarece Luís Roberto Barroso que: "(...) Norma inconstitucional é norma inválida, por desconformidade com regramento superior, por desatender os requisitos impostos pela norma maior. É nula de pleno direito." (O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 82).

⁸⁷ Note-se que, alicerçado em Tércio Sampaio Ferraz Júnior, André Ramos Tavares aduz o seguinte: "(...) Em termos práticos, a sanção de nulidade pretende como que desqualificar o ato desde seu nascedouro, como se inexistente fosse, como se o ato nulo o fosse ab initio, ope iure, sem qualquer ressalva ou exceção." (Curso de direito constitucional. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 141). Interessante notar, portanto, que a sanção de nulidade apenas «pretende» retirar os efeitos do acto desde o início justamente porque de inexistência não se trata, mas de invalidade, daí porque a cassação dos efeitos desde o seu nascedouro seja apenas uma opção mas não uma exigência.

⁸⁸ Em sintonia com o que vem sendo sustentado, escreve Regina Maria Macedo Nery Ferrari: "(...) Depreendemos, pois, que a norma inconstitucional é simplesmente anulável e que esta condição é uma sanção imposta por um órgão competente para tal, pela não concordância da mesma com as disposições normativas superiores, ou seja, com a norma fundamental de tal sistema jurídico. Porém, este reconhecimento pode ter força retroativa, visto que norma inválida, como a válida, produziu efeitos até a constatação de sua irregularidade. (Efeitos da declaração de inconstitucionalidade. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 124). Também aceitando que um ato inválido seja capaz de produzir efeitos jurídicos, cf. TAVARES, André Ramos. Curso de direito constitucional. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 138.



menos quando defendia a ideia de que o ato legislativo deveria ser anulado, isto é, perder os efeitos a partir da decisão, mas não declarado nulo desde o início.

É que, a partir de uma visão mais apurada da teoria dos vícios dos atos jurídicos, todos os atos, desde que existentes, são na verdade atos meramente anuláveis, já que a retirada válida de seus efeitos jurídicos somente pode ser perpetrada por um órgão estatal com competência para tal mister, normalmente um órgão jurisdicional.

Somente isso pode explicar satisfatoriamente, diante da eficácia exclusivamente *inter partes* que promana do sistema difuso de controle, como permanecem intocadas todas as demais relações jurídicas produzidas sob o albergue da lei inconstitucional, desde que as pessoas que as titularizarem se acomodem e não busquem, judicialmente, a declaração de nulidade que porventura seja favorável para uma das partes da relação. Isso comprova que a lei existe e, apesar de inválida, é capaz de produzir efeitos até que porventura sobrevenha – ou desde que não sobrevenha – declaração jurisdicional em sentido contrário, o que logicamente só ocorrerá se houver provocação pela parte interessada no reconhecimento da invalidade.

Todavia, o mais correto mesmo, e isso de um ponto de vista estritamente jurídico, é que, sendo a lei inconstitucional um ato eivado de nulidade absoluta, somente ao tempo de seu reconhecimento deva a autoridade competente verificar se é mais conveniente afastar completamente os efeitos jurídicos derivados do ato inconstitucional, quando sua decisão produzirá assim eficácia *ex tunc*, ou se deverá modular os efeitos de sua decisão, estabelecendo um momento posterior à edição da lei a partir do qual deixará de produzir efeitos jurídicos válidos.

Percebe-se, então, que essa escolha deve mesmo ficar ao alvedrio, logicamente que fundamentado, do(s) órgão(s) que desempenha(m) a tarefa de guarda da Constituição.

E se isso tudo for verdade, há de se concluir que nem Marshall nem Kelsen estavam integralmente corretos ou enganados, pois, às vezes, de acordo com a vontade do fiscal da constitucionalidade, a declaração de inconstitucionalidade deverá produzir eficácia retroativa, *pro praeterito*, e em outras, deverá produzir efeitos prospectivos, *pro futuro*. Afinal de contas, verdadeiramente incorreta, como demonstra a evolução da justiça constitucional sobre o tema, é a opção radical quer pela eficácia *ex tunc*, quer



pela eficácia *ex nunc*⁸⁹.

Portanto, de acordo com as diversas ordens constitucionais aqui estudadas, conclui-se que é incontestável que se caminhou no sentido de uma relativização da eficácia *ex tunc* do reconhecimento de inconstitucionalidade, a qual, de toda maneira, continua podendo ser desencadeada pelo titulares da missão de proteção da Constituição.

Realmente, é certo que as Cortes Constitucionais, bem assim, de uma maneira geral, as legislações que foram sendo baixadas sobre o problema, tem tratado a lei inconstitucional como inválida, no sentido de que a invalidez do ato pode, ao alvedrio fundamentado do titular da jurisdição constitucional, fundamentar seja a retirada retroativa e total dos efeitos por ela produzidos, seja a retirada de efeitos a partir da decisão ou em data posterior, o que, no último caso, faz relevar a natureza legislativa das funções desenvolvidas pelos tribunais constitucionais⁹⁰.

Diga-se, por derradeiro, que não se deve olvidar que da missão constitucional do guardião da Constituição deriva, mais que a oportunidade, a necessidade de, valendo da expressão utilizada por Franco Modugno⁹¹, «eliminar as leis inconstitucionais do ordenamento, mas sem produzir situações de maior inconstitucionalidade», tal qual de há muito tempo percebeu o Tribunal Constitucional Federal alemão⁹², o que somente pode ser alcançado a partir de um juízo de ponderação entre os valores constitucionais

⁸⁹ Ver, nesse sentido, ancorado em Ruotolo, SEGADO, Francisco Fernández. Algunas reflexiones generales en torno a los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad y a la relatividad de ciertas fórmulas estereotipadas vinculadas a ellas. Revista de Direito Público. Lisboa, ano I, n. 1, p. 116, jan./jun., 2009.

⁹⁰ Nesse sentido, se bem que discutindo assunto diverso, mais precisamente criticando modelos nos quais ao próprio órgão legiferante seja conferido o poder de fiscalizar a constitucionalidade da lei, por isso colidir com a ideia de divisão funcional-orgânica, necessária à contenção do poder estatal, André Ramos Tavares propugna que "(...) aquele que detém o poder de dizer o que é o Direito e de interpretar as normas jurídicas, em última instância, acaba funcionando como 'legislador' (...) e também que "(...) O ato de julgar é, pois, compreendido aqui como um ato de criação do Direito, ao lado do ato legislativo (...)'" (Curso de direito constitucional. 7. ed. São Paulo: Saraiva. p. 170).

⁹¹ MODUGNO, Franco. I criteri della distinzione diacronica tra norme e disposizioni in sede di giustizia costituzionale. Quaderni Costituzionali. Bologna, anno IX, n. 1, p. 39, Aprile, 1989.

⁹² Se bem que, à época, muito em virtude da preocupação de adotar uma atitude self restraint em relação ao legislador. Assim, ver BACHOF, Otto. BACHOF, Otto. Nuevas reflexiones sobre la jurisdicción constitucional entre derecho y política. Boletín Mexicano de Derecho Comparado. México, D.F., Nueva Serie, año XIX, n. 57, p. 845 e 847-848, septiembre/diciembre, 1986.



da segurança jurídica, igualdade e justiça, devendo se preocupar, portanto, com as consequências políticas, econômicas e sociais de seus julgamentos⁹³.

REFERÊNCIAS

ALEMANHA. Constituição da Alemanha em português: Disponível em <http://www.brasilia.diplo.de/Vertretung//brasilia/pt/03/Constituição/art_100.html> Acesso em: 22 mar. 2007.

_____. Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal Alemão. Trad. Luís Afonso Heck. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, n. 1, jan./jun., 2003. p. 251-252.

BARRET, JR., Edward L.; BRUTON, Paul W.; HONNOLD, John. **Constitutional law: cases and materials**. 3. ed. Mineola: Foundation Press, 1968.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**: limites e possibilidades da Constituição brasileira. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARTOLE, Sergio. *L'efficacia temporale delle sentenze ed il bilanciamento dei valori costituzionali*. **Quaderni Costituzionali**. Bologna, anno IX, n. 1, Aprile, 1989. p. 17-26.

BONAVIDES, Paulo. A evolução histórica do conceito de nulidade na jurisdição constitucional. **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional**. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, n. 11, 2007. p. 41-49.

⁹³ SEGADO, Francisco Fernández. Algunas reflexiones generales en torno a los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad y a la relatividad de ciertas fórmulas estereotipadas vinculadas a ellas. *Revista de Direito Público*. Lisboa, ano I, n. 1, p. 106, jan./jun., 2009.



CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CRIZAFULLI, Vezio; PALADIN, Livio, **Comentario breve alla costituzione**. Padova: Cedam, 1990.

ENTERRÍA, Eduardo García de. Controle de constitucionalidade na Europa. **Revista de Direito Público**. São Paulo, ano XX, n. 84, out./dez., 1987. p. 7-?

ESPANHA. **Constitución Española, de 29 de diciembre de 1978**. Disponível em: <<http://www.senado.es/constitu/index.html>>. Acesso em: 25 mar. 2007.

_____. **Ley Orgánica 2/79, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional**. Disponível em: <<http://www.senado.es/constitu/index.html>>. Acesso em: 25 mar. 2007.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da declaração de inconstitucionalidade**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FOIS, Sergio. *Il problema degli effetti temporali alla luce delle fonti sul processo costituzionale*. **Quaderni Costituzionali**. Bologna, anno IX, n. 1, Aprile, 1989. p. 27-35.

GARCÍA-PELAYO, Manuel. **Derecho constitucional comparado**. Madrid: Alianza Editorial, 1984.

ITÁLIA. **Costituzione della Repubblica Italiana**. Disponível em: <<http://www.constitution.org/cons/italy.txt>>. Acesso em: 29 mar. 2007.

_____. Legge 11 marzo 1953, n. 87. Disponível em: <<http://www>.



cortecostituzionale.it/ita/testinormativi/fontididisciplina/legge_53_87.asp>. Acesso em: 27 mar. 2007.

KELSEN, Hans. A jurisdição constitucional. In: _____. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 121-186.

_____. A jurisdição constitucional e administrativa a serviço do Estado federativo segundo a nova Constituição federal austríaca de 1º de outubro de 1920. In: _____. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 3-46.

_____. O controle judicial da constitucionalidade: um estudo comparado das constituições austríaca e americana. In: _____. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 299-319.

LLORENTE, Francisco Rubio. *La jurisdicción constitucional como forma de creación de derecho*. **Revista Española de Derecho Constitucional**. Madrid, año 8, n. 22, Enero/Abril, 1988. p. 9-51.

MARQUES, Andreo Aleksandro Nobre. **Controle de constitucionalidade dos atos jurisdicionais transitados em julgado**. Curitiba: Juruá, 2009.

MENDES, Gilmar. **Jurisdição constitucional**: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. Novos aspectos do controle de constitucionalidade brasileiro. **Direito Público**. Brasília, n. 27, mai./jun., 2009. p. 7-45.

MIRANDA, Jorge de. **Manual de direito constitucional**: inconstitucionalidade e garantia da Constituição. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. v. 6.

MODUGNO, Franco. *I criteri della distinzione diacronica tra norme e disposizioni*



in sede di giustizia costituzionale. **Quaderni Costituzionali**. Bologna, anno IX, n. 1, Aprile, 1989. p. 37-50.

MORAIS, Carlos Blanco de. As sentenças com efeitos aditivos. In MORAIS, Carlos Blanco de (Coord.). **As sentenças intermédias da Justiça Constitucional**. Lisboa: AAFDL, 2009. p. 13-115.

MUSSO, Enrico Spagna. **Diritto costituzionale**. 4. ed. Padova: Cedam, 1992.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Sentenças aditivas e o mito do legislador negativo. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 43, n. 170, abr./jun., 2006. p. 111-141.

ÖHLINGER, Theo. *La giurisdizione costituzionale in Austria*. **Quaderni Costituzionali**. Bologna, anno II, n. 3, Dicembre, 1982. p. 535-556.

OTERO, Paulo. **Direito constitucional português: organização do poder político**. Coimbra: Almedina, 2010. v. 2.

PACE, Alessandro. *La tutela costituzionale del diritto dia gire nei rapporti pendenti*. **Quaderni Costituzionali**. Bologna, anno IX, n. 1, Aprile, 1989. p. 51-60.

PALADIN, Livio. **Diritto costituzionale**. 3. ed. Padova: CEDAM, 1998.

PEGORARO, Lucio. A circulação, a recepção e a hibridação dos modelos de justiça constitucional. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, ano 42, n. 165, jan./mar., 2005. p. 59-76.



PIZZORUSSO, Alessandro. *I sistemi di giustizia costituzionale: dai modelli alla prassi*. **Quaderni Costituzionali**. Bologna, anno II, n. 3, Dicembre, 1982. p. 521-533.

PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa. Lisboa: AAFDL, 2009.

ROTUNDA, Ronald D.; NOWAK, John E. **Treatise on constitutional law: substance and procedure**. 2. ed. St. Paul: West Publishing CO, 1992. v. 1.

RUIZ, Ma Angeles Ahumada. *El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas*. **Revista del Centro de Estudios constitucionales**. Madrid, año 1991, n. 8, ene/abr., 1991. p. 169-194.

SAJA, Francesco. *L'efficacia nel tempo delle sentenze di accoglimento*. **Quaderni Costituzionali**. Bologna, anno IX, n. 1, Aprile, 1989. p. 7-15.
SEGADO, Francisco Fernández. **La jurisdicción constitucional en España**. Madrid: Dykinson, 1984.

_____. *Algunas reflexiones generales en torno a los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad y a la relatividad de ciertas fórmulas estereotipadas vinculadas a ellas*. **Revista de Direito Público**. Lisboa, ano I, n. 1, jan./jun., 2009. p.57-128.

SILVA, Jorge Pereira da. **Dever de legislar e protecção jurisdicional contra omissões legislativas**: contributo para uma teoria da inconstitucionalidade por omissão. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2003.

SCHLAICH, Klaus. *Corte Costituzionale e controllo sulle norme nella Repubblica Federale di Germania*. **Quaderni Costituzionali**. Bologna, anno II, n. 3, Dicembre, 1982. p. 557-591.



TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

TRIBE, Laurence H. **American constitutional law**. 2. ed. Mineola: The Foundation Press, 1988.

VERGOTTINI, Giuseppe de. **Diritto costituzionale comparato**. Padova: Cedam, 1981.

THE TEMPORAL EFFECTIVENESS OF THE SENTENCES THAT RECOGNIZE THE UNCONSTITUTIONALITY: NULLITY OR ANNULABILITY OF THE UNCONSTITUTIONAL LAW?

ABSTRACT

This article aims a further discussion about the temporal effects of the declaration of unconstitutionality, from a comparative view, to demonstrate that the radical option for the dogma of the nullity of the unconstitutional law, and the belief in its annulability, was object, due to the necessity of balance between the constitutional values of legal certainty, equality and justice, of a gradual flexibilization by the Constitutional Courts.

Keywords: Constitutional Justice. Unconstitutional Law. Nullity. Annulability. Legal Certainty. Principle of Isonomy. Modulation of Effects.



CARACTERÍSTICAS GERAIS DO DIREITO (ESPECIALMENTE DO DIREITO INTERNACIONAL) NO LIMAR DO TERCEIRO MILÊNIO

Luiz Flávio Gomes

Doutor em Direito Penal pela Universidade
Complutense de Madri
Mestre em Direito Penal pela USP
Diretor-Presidente da Rede de Ensino LFG
e Cooordenador dos cursos de pós-graduação
transmitidos por ela
Professor convidado em diversas Universidades,
brasileiras e estrangeiras
Foi Promotor de Justiça (1980 a 1983),
Juiz de Direito (1983 a 1998)
e Advogado (1999 a 2001)

Valerio de Oliveira Mazzuoli

Doutor summa cum laude em
Direito Internacional pela UFRGS
Mestre em Direito Internacional pela UNESP
Pós-Doutor pela Universidade de Lisboa
Professor Adjunto de Direito Internacional
Público e Direitos Humanos da UFMT
Coordenador do Programa de
Mestrado em Direito da UFMT
Professor da Rede de Ensino LFG
Professor convidado nos cursos de
pós-graduação da UFRGS, PUC-SP e da UEL
Membro da Sociedade Brasileira de
Direito Internacional e da Associação
Brasileira de Constitucionalistas Democratas

RESUMO

Este trabalho tem por escopo aprofundar a discussão acerca dos efeitos temporais da declaração da inconstitucionalidade, a partir de uma perspectiva comparativa, para demonstrar que a radical opção quer pelo dogma da nulidade da lei inconstitucional, quer pela crença em sua anulabilidade, foi objeto, pela necessidade de ponderação entre os valores constitucionais da segurança jurídica, igualdade e justiça, de gradual flexibilização pelas Cortes Constitucionais.

Palavras-chave: Justiça Constitucional. Lei Inconstitucional. Nulidade. Anulabilidade. Segurança Jurídica. Princípio da Isonomia. Modulação de Efeitos.

1 INTRODUÇÃO

Este ensaio tem por finalidade investigar as características do Direito no final do século XX e princípio do século XXI, que é um período histórico inserido na pós-modernidade, e seus reflexos no Direito brasileiro.

Muitas dessas características ainda não foram devidamente percebidas pelos operadores do Direito em geral, sobretudo no Brasil, sendo então necessário investigá-las e demonstrar sua concretude, validade e expectativas. Muitas delas apareceram recentemente nos sistemas jurídicos dos Estados e, no Brasil, passaram a ter destaque a partir da Emenda Constitucional nº 45/2004. Decorridos, porém, sete anos dessa alteração constitucional, somente nos últimos tempos o Supremo Tribunal Federal e a doutrina pátria têm começado a notar que o Direito brasileiro conta com novidades até então sequer suscitadas nos compêndios doutrinários (sobretudo de Direito Constitucional e Internacional) aqui publicados.

As várias alterações que o Direito sofreu na segunda metade do século XX são decorrência, sobretudo, da nova ordem internacional que se instalou depois da Segunda Guerra Mundial, revolucionando as instituições jurídicas, notadamente após a asserção do tema “direitos humanos” na pauta



e na ordem do dia das relações interestatais.

Pretende-se, neste estudo, demonstrar algumas dessas características do Direito, capazes de mudar – para melhor, de acordo com nosso pensamento – as instituições jurídicas.

2 AS QUATRO ONDAS EVOLUTIVAS DO ESTADO, DO DIREITO E DA JUSTIÇA

O primeiro ponto que tem caracterizado o Direito atual diz respeito ao contexto em que as instituições jurídicas (o Estado, o Direito e a Justiça) atualmente se encontram. Tal como as demais áreas do conhecimento, as instituições jurídicas também evoluem, e cabe ao jurista atentar para o estágio em que nos encontramos.

Como se sabe, no século XIX os conceitos de lei e Direito eram tidos como sinônimos (infelizmente, essa confusão ainda existe!). Entendia-se que o Direito havia, necessariamente, de se materializar pela lei e pelos códigos. Quase todas as leis estavam codificadas. O juiz julgava com certa facilidade – não havia problemas em partir da premissa maior (que era a lei) para a premissa menor (os fatos), afinal, não havia nada de extraordinário entre a lei e o fato. Montesquieu dizia que esse tipo de juiz era um ser inanimado. Inanimado porque não tinha alma. Não tinha alma porque (na sua versão original) não podia sequer interpretar o texto legal.

A lei era formalmente a garantia de todos. No entanto, essa realidade mudou por completo com o surgimento do regime nazista. Ora, a lei foi destronada, porque todas as mortes ocorridas no período sombrio do Holocausto foram praticadas dentro da lei. Como reação a esse primeiro modelo de Direito legalista, nasceram, a partir de 1945, três outros modelos: o *constitucionalista*, o *internacionalista* e, com notável clareza mais recentemente, o *universalista*. Trata-se das chamadas quatro ondas evolutivas do Estado, do Direito e da Justiça: o *legalismo*, o *(neo)constitucionalismo*, o *internacionalismo* e o *universalismo*.¹

O neoconstitucionalismo passou a cobrar do estudante e do profissional do Direito conhecimentos específicos sobre a Constituição, sobre

¹ Sobre essas ondas, v. GOMES, Luiz Flávio & MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, **Direito supraconstitucional: do absolutismo ao Estado Constitucional e Humanista de Direito**, São Paulo: RT, 2010, 208p.



o Direito Constitucional e a jurisprudência interna, que diz o que vale e o que não vale nas leis vigentes. Muitas leis continuam vigentes, mas já não valem (não possuem validade). Isto porque no Direito pós-moderno *vigência* não se confunde com *validade* (como sempre foi a confusão de Kelsen).²

O Supremo Tribunal Federal já julgou mais de 1000 leis inconstitucionais de 1988 a 2012. Portanto, quem não conhece a jurisprudência que se formou nesse período não sabe o que “vale” e o que “não vale” no nosso país. Para se conhecer o Direito, a partir desse segundo modelo, é preciso saber: as fontes normativas que estão abaixo das leis, as leis e os códigos, a Constituição e a jurisprudência interna. No tempo do legalismo bastava saber três coisas: fontes infralegais, leis e códigos. Hoje isso já não basta!

Com o internacionalismo, nascido também em 1945 e a partir daí desenvolvido, os tratados internacionais (especialmente os de direitos humanos) passaram a contar com grande valor. No Brasil, o STF, no dia 3 de dezembro de 2008, no *RE 466.343-SP*, decidiu que os tratados de direitos humanos aqui em vigor, no que tange ao Direito interno, ocupam o *status* da supralegalidade, valendo menos que a Constituição – posição (por ora) vencedora do Min. Gilmar Mendes. Os tratados encontram-se inseridos dentro dos vários sistemas de direitos humanos. O nosso, claro, é o interamericano, formado por convenções (dentre elas a Convenção Americana sobre Direitos Humanos) e por dois órgãos, a saber: a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (com sede em Washington) e a Corte Interamericana de Direitos Humanos (com sede em San José, Costa Rica). No que diz respeito aos tratados internacionais comuns (ou seja: não relacionados com os direitos humanos), a sua supralegalidade está garantida pelo art. 27 da Convenção de Viena sobre o Direitos dos Tratados de 1969 (que cuida da vigência e validade das demais convenções internacionais).

O aluno e o profissional do Direito, agora, passaram a ter necessidade de saber seis fontes do Direito: fontes infralegais (regulamentos, decretos etc.), leis (e códigos), Constituição, jurisprudência interna, tratados internacionais (especialmente os de direitos humanos) e jurisprudência interamericana.

Por fim, o *universalismo* – a “quarta onda” evolutiva do Direito e da Justiça –, também afirmado a partir de 1945, traz em seu bojo as normas supraconstitucionais (supranacionais) que devem ser cumpridas pelos países

² FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías: la ley del más débil**. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez e Andrea Greppi. Madrid: Trotta, 1999, pp. 15-20.



em geral. Exemplo típico de tribunal universal (e, portanto, supraconstitucional) é o Tribunal Penal Internacional, criado pelo Estatuto de Roma de 1998, que passou a ter existência a partir de julho de 2002. Todos, a partir do universalismo, passamos a ter necessidade de saber: fontes infralegais, leis (e códigos), Constituição, jurisprudência interna, tratados internacionais (especialmente os de direitos humanos), jurisprudência interamericana e o direito universal (normas universais e jurisprudência das cortes universais).³

A partir de todas essas modificações ocorridas no Direito a partir do segundo pós-guerra é preciso reconhecer que o positivismo legalista (kelseniano) está morto e deve ser sepultado. Ninguém mais pode estudar o direito só parcialmente. Esse primeiro modelo de Direito (legalista) foi um avanço no seu tempo (século XIX e até meados do século XX). Mas hoje é incompleto e está totalmente desatualizado (além de poder ser sobejamente injusto).

O Direito já não é fruto de um processo meramente lógico-dedutivo (premissa maior, premissa menor e conclusão, da regra abstrata ao caso concreto). Ao contrário, é decorrência de uma interação (ponderação, diálogo) permanente entre as regras e os princípios, entre o Direito interno e o externo, entre a legalidade e a constitucionalidade, entre a legalidade e a convencionalidade da norma, entre a legalidade e as fontes infralegais, entre a letra da lei e os valores em jogo em cada caso concreto.

O Direito atual deixou de ser lógico (formal) para se transformar em axiológico (busca do justo mediante a ponderação de valores), deixou de ser somente legalista para interagir (“dialogar”) com as novas ondas (fontes) do Direito (constitucionalismo, internacionalismo e universalismo).⁴ Ele se tornou muito mais complexo, é verdade, mas nunca como agora reuniu tantas condições para ser justo (em cada caso concreto). Do método da mera *subsunção* passamos para o método da *ponderação* (ou seja: ponderação de todos os valores em jogo para fazer prosperar o de maior relevância em cada caso concreto).

³ Para detalhes, v. GOMES, Luiz Flávio & MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, **Direito supraconstitucional...**, cit., pp. 123-148.

⁴ Cf. JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne, in **Recueil des Cours**, vol. 251 (1995), p. 259.



3 AS SETE FONTES NORMATIVAS DO DIREITO

Como decorrência das ondas evolutivas analisadas no item anterior, conhecer o Direito (doravante) significa conhecer todas as suas fontes, que (repita-se) são as seguintes: (a) fontes infralegais (decretos, resoluções, regulamentos etc.); (b) leis (e códigos); (c) Constituição e jurisprudência interna que cuida da conformidade constitucional de todo o sistema jurídico; (d) tratados internacionais (especialmente os que versam sobre direitos humanos) e jurisprudência internacional (sobretudo a do sistema interamericano de direitos humanos); e (e) Direito universal (normas supraconstitucionais e a jurisprudência dos tribunais universais – v.g., o TPI).

Mais especificamente, são *sete* as fontes do Direito pós-moderno que “dialogam” entre si: 1) fontes infralegais; 2) leis e códigos; 3) Constituição e jurisprudência interna; 4) tratados internacionais (especialmente os de direitos humanos); 5) jurisprudência internacional; 6) Direito supraconstitucional (universal); e 7) jurisprudência das cortes universais.

Como destaca Erik Jayme, o fenômeno mais importante da pós-modernidade jurídica é o fato de que todas essas fontes “dialogam” umas com as outras, não se excluindo mutuamente. Segundo ele, as normas de direitos humanos, as Constituições, as convenções internacionais e os sistemas nacionais “não se excluem mutuamente”, mas, ao contrário, “falam” entre si, devendo os juízes “coordenar essas fontes e escutar o que elas dizem”.⁵

Assim, o ensino do Direito – no atual Estado Constitucional e Humanista de Direito – não pode ignorar nem deixar de estudar essas várias fontes e seu “diálogo”. Ora, não é incomum que o estudante de Direito conclua seu curso tendo noções apenas rudimentares (quando as tem) sobre a necessária articulação entre tais fontes normativas. A prioridade, no ensino jurídico sobretudo do Brasil, é dada para o plano da legalidade que, de acordo com o positivismo legalista (formalista), seria o único objeto da Ciência Jurídica. Estão sendo esquecidos os níveis normativos supraleais. Esse modelo kelseniano (ou positivista legalista ou positivista clássico) de ensino do Direito, consoante Ferrajoli, confunde a *vigência* com a *validade* da lei, a *democracia formal* com a *substancial*, não ensina a verdadeira função do juiz no Estado Constitucional (e Humanista) de Direito, não desperta nenhum sentido crítico no jurista e, além de tudo, não evidencia com a profundidade necessária o

⁵ JAYME, Erik. Idem, *ibidem*.



sistema de controle de constitucionalidade (e de convencionalidade) das leis.⁶

Daí o desabafo (real e franco) de Cançado Trindade, com o qual compartilhamos, bem colocado nos seguintes termos:

“É lamentável que o estudo do Direito em nossos dias tenda a reduzir-se a uma mera leitura do Direito positivo. Os positivistas, no campo do Direito, e os chamados ‘realistas’, no campo das Ciências Sociais, têm-se mostrado indiferentes a preocupações como as aqui assinaladas [preocupações relativas aos direitos humanos], e invariavelmente subservientes ao poder, à ordem estabelecida – nos planos nacional e internacional – em determinado momento histórico.”⁷

O equívoco metodológico-científico do positivismo legalista decorre do pensamento do Estado Moderno, da Revolução Francesa, dos códigos napoleônicos, que deram origem à confusão entre a lei e o Direito. A lei, no entanto, especialmente depois da Segunda Guerra Mundial, foi destronada (mas não perdeu totalmente o seu valor). Quando incompatível com a Constituição ou com um tratado internacional, especialmente de direitos humanos, ela não vale. Quando conflita com o Direito universal, do mesmo modo não possui validade (e, conseqüentemente, eficácia). Cuida-se de lei vigente, mas totalmente *inválida*.⁸

Diferentemente do que pensava Rousseau, o legislador da lei ordinária não é infalível e nem sempre representa a vontade geral. Ao contrário, com frequência atua em favor de interesses particulares (e, às vezes, até escusos). Daí o acerto da tese de que a lei vigente assim como todos os atos do Poder Legislativo, para serem válidos, têm que ter concordância com todas as normas que lhe são superiores (constitucionais, internacionais e universais). Dezenas ou centenas de déspotas juntos (no Parlamento), dizia Jefferson, são tão opressivos quanto um único só (do antigo modelo monárquico).

Passamos do modelo de justiça “legal” para os modelos “constitucional”, “internacional” e “universal”: o objetivo central dessa constante

⁶ V. FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías...**, cit., pp. 15-20.

⁷ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**, vol. 3. Porto Alegre: Fabris, 2003, p. 375.

⁸ Cf. FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías...**, cit., pp. 15-17.



evolução não é outro senão a criação de uma arquitetura (desenhada pelo Estado Constitucional e Humanista de Direito) que possa proteger com a maior efetividade possível os direitos (humanos) fundamentais (assim como evitar os desvios que conspurcam contra eles). Esse, aliás, é o papel das “garantias”: o de maximizar a tutela dos Direitos e dos valores que sustentam o Estado Constitucional e Humanista de Direito. De qualquer modo, parece certo que não existe nenhum sistema totalmente garantista (ou seja: o garantismo só pode ser enfocado com graduações). Há uma certa distância (e isso é visto com certa normalidade) entre o “dever ser” e o “ser”: a função primordial do modelo de Estado citado consiste em diminuir o máximo possível esse distanciamento (transformando a normatividade em efetividade, como diz Ferrajoli). O Estado Constitucional e Humanista de Direito é uma nova síntese (que certamente vai se transformar em tese, que será rebatida por uma antítese e assim nascerão outras sínteses) cuja pretensão é constituir (ao mesmo tempo) um “ser” e um “dever ser”, que assume uma série de fins, elementos, valores e exigências e que aspira dirigir os ordenamentos jurídicos e políticos do presente e do futuro. Essa nova síntese não segue a cartilha monista kelseniana, que não admite a separação entre o Estado e o Direito (o Direito é o que o Estado diz que é). Ao contrário, parte-se agora da premissa de que o Direito é *limitação* ao Estado (que o Estado não pode se separar do Direito se quer exercer seu poder com legitimidade; e que o Estado tem que seguir as formas do Direito, porque forma também é garantia).

O Poder Político (Executivo e Legislativo) tem no Direito um instrumento e um limite (das suas possibilidades de atuação). O Poder Político é limitado (ou deve ser limitado) pelo Poder Jurídico, sob pena de perpetuação dos abusos e do arbítrio (ou mesmo dos descumprimentos dos imperativos sociais e econômicos ou dos valores que fundamentam nossa República). Não existe órgão “soberano” (absoluto, ilimitado) dentro do novo modelo de Estado que se propõe.⁹ Todo poder encontra seus limites no Direito e na razoabilidade: governo “*per leges*” (exercido *por meio* da lei) e “*sub leges*” (sob *o império* da lei, da constituição e dos tratados internacionais).

Se nos fosse permitida uma comparação simplificadora, diríamos que o novo Estado Constitucional e Humanista de Direito é como uma cebola, porque deve ser compreendido por camadas. No Estado legalista de Direito

⁹ Cf. GOMES, Luiz Flávio & MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Direito supraconstitucional...**, cit., pp.188-198.



o Estado foi submetido (formalmente) à lei e o juiz também seguia essa mesma lei (a preponderância era do Parlamento). O Parlamento não tinha nenhum fiscal. No Estado Constitucionalista de Direito surgiram novos limites (novas formas jurídicas) ao Estado: agora são os juízes que devem fiscalizar o enquadramento dos atos públicos nas formalidades jurídicas (o dono último do Direito passou a ser o juiz). Entendeu-se que o Judiciário seria “o ramo menos perigoso” (*the least dangerous branch*) dos poderes do Estado para resolver esses tipos de problemas.¹⁰ No Estado Internacional de Direito (assim como no universalismo) outros limites mais foram impostos (ou seja: novas formas jurídicas foram criadas) ao Estado e também aos juízes locais. Para que essas novas formas jurídicas (internacionais) sejam seguidas rigorosamente pelo Estado e pelos juízes internos, outros juízes (agora internacionais) foram concebidos: no nosso caso, são os magistrados da Corte Interamericana de Direitos Humanos (e paralelamente os membros da Comissão Interamericana de Direitos Humanos). E os juízes internos passaram a ter o dever de conhecer o que é decidido por esses juízes interamericanos.

Já não é o rei que faz o Direito (*rex facit legem*), já não é o legislador interno que (isoladamente) faz o Direito (Zagrebelsky), já não é apenas o juiz local que faz o Direito: o Direito agora é feito também pelos juízes internacionais, que são os fiscais da observância das formas jurídicas humanistas desenhadas pelos tratados internacionais de direitos humanos. A velha imagem da legalidade (a lei é geral, abstrata, decorre da vontade geral e legitima todos os atos de poder) foi substituída por outra imagem (outra forma jurídica): a lei (ou qualquer outro ato legislativo ou ato público em geral) só vale quando compatível com as demais normas jurídicas superiores. Como se falou, centenas e centenas de déspotas reunidos no Parlamento podem ser mais tiranos que um único monarca (como dizia Jefferson). Lembre-se novamente que todo o nazismo foi desenvolvido dentro da “legalidade”.

As novas formas jurídicas (típicas do Estado Constitucional e Humanista de Direito) contam com a pretensão de controlar todos os atos dos poderes estatais, assim como a própria produção legislativa (tanto do Legislativo, como do Judiciário, por meio das súmulas vinculantes). Cada onda evolutiva significa uma refundação do Estado, do Direito e da Justiça. Agora, todos os poderes estatais acham-se submetidos a uma pluralidade de formas

¹⁰ Cf. BICKEL, Alexander M. **The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics**, 2nd ed. New Haven: Yale University Press, 1986, 303p.



jurídicas, que são cuidadas por organismos internacionais de proteção dos direitos humanos nos contextos regionais (interamericano, europeu e africano).

De outro lado, no Estado Constitucional e Humanista de Direito nem tudo o que a maioria decide (democracia formal) é democrático (do ponto de vista substancial), porque o democrático (substancialmente falando) só pode ser o que tutela de forma efetiva os direitos (humanos) fundamentais (ou o que evita os desvios desses direitos). Nem todas as decisões das maiorias parlamentares são democráticas. A Lei de Anistia aos torturadores pode constituir um bom exemplo disso.¹¹

O modelo de Estado (de Direito e de Justiça) que alcançamos neste princípio do século XXI nada mais representa que um instrumento limitado, vinculado e funcionalmente orientado à garantia dos direitos, especialmente dos direitos humanos (Peña Freire). Todos os atos públicos devem seguir essa orientação: a de fazer preponderar os direitos (humanos) fundamentais. Os atos que se desviam dessa finalidade devem ser fiscalizados e glosados pelo Poder Jurídico. E se retratam uma violação de direitos humanos devem ser fiscalizados e sancionados tanto internamente como externamente, pelos órgãos internacionais de proteção. Os agentes de qualquer um dos poderes da República não podem cometer abusos, não podem transformar prerrogativas em privilégios, não podem transformar a coisa pública em coisa privada, não podem desviar os interesses públicos para interesses pessoais.

Enfim, a interferência do Poder Judiciário nos demais poderes, para alcançar obediência irrestrita às formas jurídicas assim como aos valores fundantes do Estado, não constitui abuso, mas sim faz parte da imunologia inerente ao sistema democrático. Esse mesmo Poder Judiciário tem que (doravante) conhecer e aplicar as várias fontes em diálogo do Direito pós-moderno: 1) fontes infralegais; 2) leis e códigos; 3) Constituição e jurisprudência interna; 4) tratados internacionais (especialmente os de direitos humanos); 5) jurisprudência internacional; 6) Direito supraconstitucional (universal); e 7) jurisprudência das cortes universais.

¹¹ V. PILLAY, Navi. O direito de conhecer a verdade, in **Jornal Folha de São Paulo**, Caderno "Tendências e Debates" de 06.08.2010, p. A3.



4 A NOVA PIRÂMIDE NORMATIVA DO DIREITO E SUAS QUATRO DIMENSÕES

A terceira grande modificação pela qual tem passado o Direito de nossos dias (refletindo especialmente no Direito Internacional) diz respeito à reorganização de sua pirâmide normativa.

A noção de pirâmide jurídica nos remete prontamente para a questão da existência ou não de hierarquia entre as várias normas que compõem o nosso ordenamento jurídico. No Direito brasileiro, antes do desenvolvimento do movimento universalista (que retrata a quarta onda da evolução do Estado, do Direito e da Justiça) já eram admitidas normas legais, constitucionais e internacionais. Elas possuem o mesmo valor ou contam com hierarquias distintas?

Até bem pouco tempo atrás, em nosso país, só se reconhecia hierarquia superior (distinta) para as normas constitucionais. Nossa pirâmide jurídica, destarte, era composta de (apenas) dois níveis: (a) fontes infralegais e leis ordinárias (e os tratados internacionais) na posição inferior e (b) Constituição na parte superior. Nada havia entre a Constituição e as leis.

A propecta jurisprudência do STF (com origem nos anos 70 do século XX, no conhecido *RE 80.004/SE*) consolidava essa construção ao dizer que os tratados internacionais (inclusive os de direitos humanos) valiam tanto quanto a lei, por força do chamado *sistema paritário*.¹² Na doutrina não havia unanimidade sobre o tema. Foi, no entanto, a jurisprudência do STF que sedimentou a posição conservadora de que as leis ordinárias e os tratados ocupariam o mesmo patamar jurídico (inferior) no que concerne à hierarquia das normas. Normas superiores eram apenas as constitucionais. Esquemáticamente a nossa pirâmide jurídica (tal como desenvolvida por Kelsen e aceita pelo STF) estava assim constituída: (a) fontes infralegais e leis ordinárias e tratados internacionais na base da pirâmide; e (b) Constituição na parte superior.

Essa clássica estrutura da nossa pirâmide jurídica (ou seja: essa forma de compreender o Direito sob a ótica legalista positivista ou civilista contratualista) está (hoje) absolutamente superada. Embora ainda ensinada

¹² Sobre essa jurisprudência, v. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, O Supremo Tribunal Federal e os conflitos entre tratados internacionais e leis internas, in **Revista de Informação Legislativa**, ano 39, nº 154, Brasília, abr./jun./2002, pp. 15-29.



(equivocadamente) em algumas Faculdades de Direito, essa antiga pirâmide kelseniana foi definitivamente sepultada pelo STF no (já referido) julgamento do dia 3 de dezembro de 2008 (RE 466.434/SP), quando finalmente a Suprema Corte modificou o seu antigo (e equivocado) entendimento. A partir desta data a nossa pirâmide jurídica passou a contar com três níveis: (a) na base acham-se as fontes infralegais e leis ordinárias; (b) acima delas, com valor supralegal, os tratados de direitos humanos e (c) no topo encontra-se a Constituição. No que diz respeito aos demais tratados (tratados comuns), sua supralegalidade está assegurada pelo art. 27 da Convenção de Viena.

No julgamento histórico de dezembro de 2008 o STF, contrariando grande parte da doutrina brasileira, admitiu (apenas) o valor *supralegal* aos tratados de direitos humanos (ratificados pelo Brasil e devidamente incorporados no Direito interno).¹³ Essa é a regra atual. Excepcionalmente um tratado de direitos humanos pode ingressar no sistema brasileiro com equivalência de Emenda Constitucional (desde que aprovado por *quorum* qualificado – três quintos dos votos em dois turnos em cada Casa Legislativa – CF, art. 5º, § 3º).

Duas correntes se formaram no citado julgamento (defendidas, respectivamente, pelo Min. Gilmar Mendes e pelo Min. Celso de Mello): preponderou a primeira, reconhecendo o valor *supralegal* para os tratados de direitos humanos, com ressalva daqueles que são aprovados por maioria qualificada (nos termos do § 3º, do art. 5º, da CF). A segunda tese defendeu o nível *constitucional* dos tratados de direitos humanos, independentemente de aprovação qualificada pelo art. 5º, § 3º, da Constituição. Dentro dessa categoria de tratados de “direitos humanos” incluem-se todas as normas internacionais de proteção ao meio ambiente.

Ocorre que a tese da *supralegalidade* dos tratados de direitos humanos não aprovados por maioria qualificada (conforme defendida pelo Min. Gilmar Mendes, no RE 466.343-1/SP) acabou por regular assuntos *iguais* de maneira totalmente *diferente* (ou seja, desigualou os “iguais”), em franca oposição ao princípio constitucional da *isonomia*.¹⁴ De qualquer maneira, é certo que nossa pirâmide jurídica sofreu alteração, passando a contar com

¹³ Para críticas, v. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, **Curso de direito internacional público**, 4ª ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: RT, 2010, pp. 334-346.

¹⁴ V. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. São Paulo: RT, 2009, pp. 91-92.



três níveis.

Ao menos já se pode dizer que o Estado brasileiro já não é só (a partir da perspectiva aberta pelos votos referidos, que foram acompanhados por outros sete Ministros) apenas um Estado de Direito Constitucional: depois do histórico julgamento do STF ele passou a ser reconhecido também como um Estado de Direito onde tem relevância ímpar o Direito Internacional.

Essa nova pirâmide normativa, concebida a partir de algumas decisões do STF,¹⁵ é bem distinta daquela que, normalmente, sob os auspícios de Kelsen, ainda continua sendo citada por alguns doutrinadores.

Do plano da equivalência com a legislação ordinária (teoria da paridade) o Direito Internacional dos Direitos Humanos passou a ocupar uma posição hierárquica superior, no mínimo supralegal. Cinco votos foram proferidos nesse sentido (tese de Gilmar Mendes). Outros quatro reconheceram a constitucionalidade (nível constitucional) de tais tratados (tese do Min. Celso de Mello), tal como sempre defendemos. De qualquer maneira, são nove votos em favor da distinção do Direito Internacional dos Direitos humanos (no sentido de que eles valem mais do que o Direito ordinário).¹⁶ Por força do art. 27 da Convenção de Viena de 1969 também foram distinguidos os tratados comuns.

Tudo isso somado só leva a crer que já não se pode estudar, ensinar ou aplicar o Direito sem conhecer (também) o Direito Internacional Público, especialmente o seu ramo chamado Direito Internacional dos Direitos Humanos.

A novidade que agora se apresenta diz respeito ao Direito universal, que conta com normas supraconstitucionais. Como se disse, o Tribunal Penal Internacional, criado pelo Estatuto de Roma de 1998, constitui exemplo marcante do que estamos falando. Cuida-se de um tribunal supranacional e supraconstitucional. Suas normas derogam (superam) todo tipo de norma do Direito interno com elas incompatível. Ou seja, não se pode invocar o Direito interno para se descumprir o Estatuto de Roma (que atribui ao TPI competência para julgar crimes macro-políticos como o genocídio, crimes de guerra, crimes contra a humanidade, crimes contra a paz etc.).¹⁷ Nem todas

¹⁵ V. HC 87.585-TO, RE 466.343-1/SP, HC 90.172-SP e HC 88.420-PR.

¹⁶ Dois Ministros não participaram do julgamento.

¹⁷ Sobre o TPI, v. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, **Tribunal Penal Internacional e o direito brasileiro**, 2ª ed. rev., atual e ampl., São Paulo: RT, 2009.



as garantias asseguradas nas Constituições internas foram contempladas no referido Estatuto que, aliás, prevê uma série de institutos (aparentemente) conflitantes com as Cartas Magnas dos Estados “soberanos” (prisão perpétua, entrega do nacional, relativização da coisa julgada etc.). Considerando-se que são normas supraconstitucionais, não há que se invocar o Direito interno para afastar a sua aplicação (nos termos do art. 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969).¹⁸

Com o advento do universalismo (quarta onda do Direito e da Justiça) nossa pirâmide jurídica passou a contar com quatro níveis: (a) leis ordinárias; (b) tratados internacionais, especialmente de direitos humanos (salvo quando aprovados por *quorum* qualificado nos termos do § 3º, do art. 5º, da CF); (c) Constituição e tratados de direitos humanos aprovados com *quorum* qualificado; e (d) normas supraconstitucionais (como é o caso do Estatuto de Roma do TPI). Se levarmos em conta as fontes infralegais temos então cinco níveis.

Conhecer o Direito, na atualidade, significa então conhecer todas as suas fontes, que são: (a) fontes infralegais (decretos, resoluções, regulamentos etc.); (b) leis (e códigos); (c) Constituição e jurisprudência interna; (d) tratados internacionais (especialmente os que versam sobre direitos humanos) e jurisprudência internacional; e (e) Direito universal (e sua jurisprudência).

Mais particularmente, quatro são as ondas evolutivas do Direito, do Estado e da Justiça (*legalismo, constitucionalismo, internacionalismo e universalismo*) e sete são as fontes normativas do Direito que se dialogam: 1) fontes infralegais; 2) leis (e códigos); 2) Constituição e jurisprudência interna; 4) tratados internacionais (especialmente os de direitos humanos); 5) jurisprudência internacional; 6) direito supraconstitucional (ou universal); e 7) jurisprudência dos tribunais universais.

Na ordem ascendente temos: 1) fontes infralegais (decretos, resoluções, regulamentos etc.); 2) leis (e códigos); 3) tratados internacionais, especialmente os de direitos humanos, salvo quando aprovados com *quórum* qualificado; 4) constituição e tratados internacionais aprovados com *quórum* qualificado; 5) jurisprudência interna (constitucionalizada); 6) jurisprudência do sistema interamericano de direitos humanos; 7) sistema jurídico universal

¹⁸ Para detalhes, v. GOMES, Luiz Flávio & MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, **Direito supraconstitucional**..., cit., pp. 123-148.



e sua jurisprudência.

O modelo kelseniano (ou positivista legalista ou positivista clássico) de ensino do Direito, que confunde a vigência com a validade da lei e a democracia formal com a substancial, não ensina (como já se falou) a verdadeira função do juiz no Estado Constitucional e Humanista de Direito, além de não despertar a mínima sensibilidade no jurista.¹⁹ Também não evidencia com toda a profundidade necessária os sistemas de controle de constitucionalidade e (mais recentemente) de convencionalidade das leis no país.

5 OS SEIS TIPOS DE CONTROLE DA PRODUÇÃO NORMATIVA DOMÉSTICA NO DIREITO

A quarta característica mais marcante do Direito em geral (e do Direito Internacional, em particular) na pós-modernidade diz respeito às plúrimas formas de controle da produção normativa doméstica agora possíveis.

Até bem pouco tempo pensava-se que no Brasil havia apenas o controle *de constitucionalidade* como meio do controle da produção normativa doméstica. Isso mudou a partir da Emenda Constitucional 45/2004, que acrescentou o já referido § 3º ao art. 5º da Constituição de 1988. A partir de então percebeu-se poder existir também entre nós o chamado controle *de convencionalidade* das leis (não obstante esse controle tenha surgido já com o texto original da Constituição de 1988 – na sua modalidade *difusa* –, nenhum jurista pátrio havia percebido ou pelo menos não havia divulgado isso).

O assunto foi ineditamente versado no Brasil na obra *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis* (Ed. RT, 2009) do coautor Valerio Mazzuoli. Em resumo, o que se ali se defende é que se a Constituição possibilita sejam os tratados de direitos humanos alçados ao patamar constitucional, com *equivalência de emenda*, e por questão de lógica deve também garantir-lhes os meios que prevê a qualquer norma constitucional ou emenda de se protegerem contra investidas não autorizadas do Direito

¹⁹ V. FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías...*, cit., pp. 15-20.



infraconstitucional. Nesse sentido, a tese defendida é no sentido de ser plenamente possível utilizar-se das ações do controle concentrado, como a ADIn (para invalidar a norma infraconstitucional por *inconvencionalidade*), a ADECON (para garantir à norma infraconstitucional a compatibilidade vertical com um tratado de direitos humanos formalmente constitucional), e até mesmo a ADPF (para exigir o cumprimento de um “preceito fundamental” encontrado em tratado de direitos humanos formalmente constitucional), não mais fundamentadas apenas no texto constitucional, senão também nos tratados de direitos humanos aprovados pela sistemática do art. 5º, § 3º, da Constituição e em vigor no país. Então, pode-se dizer que os tratados de direitos humanos internalizados com *quorum* qualificado passam a servir de meio de controle concentrado (de *convencionalidade*) da produção normativa doméstica, para além de servirem como paradigma para o controle *difuso*. Quanto aos tratados de direitos humanos não internalizados pela dita maioria qualificada, passam eles a ser paradigma apenas do controle *difuso* de convencionalidade (pois, no nosso entendimento, os tratados de direitos humanos não aprovados por tal maioria qualificada são *materialmente constitucionais*, diferentemente dos tratados aprovados por aquela maioria, que têm *status* material e *formalmente* constitucionais).

A tese de Valerio Mazzuoli ainda sustenta que quando o texto constitucional (no art. 102, inc. I, alínea *a*) diz competir precipuamente ao Supremo Tribunal Federal a “guarda da Constituição”, cabendo-lhe julgar originariamente as ações diretas de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual ou a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, está autorizando que os legitimados próprios para a propositura de tais ações (constantes do art. 103 da Constituição) ingressem com tais medidas sempre que *a Constituição* ou *quaisquer normas a ela equivalentes* (como, *v.g.*, os tratados de direitos humanos internalizados com *quorum* qualificado) estiverem sendo violadas por normas infraconstitucionais. A partir da Emenda Constitucional 45/04, é necessário então entender que a expressão “guarda da Constituição”, utilizada pelo art. 102, inc. I, alínea *a*, alberga, além do texto da Constituição propriamente dito, também as normas constitucionais por equiparação. Assim, ainda que a Constituição silencie a respeito de um determinado direito, mas estando esse mesmo direito previsto em tratado de direitos humanos *constitucionalizado* pelo rito do art. 5º, § 3º, passa a caber, no Supremo Tribunal Federal, o controle concentrado de constitucionalidade (*v.g.*, uma ADIn) para compatibilizar a



norma infraconstitucional com os preceitos do tratado constitucionalizado.²⁰

Assim, a conclusão a que chegou Valerio Mazzuoli é a de que todos os tratados que formam o *corpus juris* convencional dos direitos humanos de que um Estado é parte servem como paradigma ao controle de convencionalidade das normas infraconstitucionais, com as especificações que se fez acima: *a*) tratados de direitos humanos internalizados com *quorum* qualificado (equivalentes às emendas constitucionais) são paradigma do controle concentrado (para além, obviamente, do controle *difuso*), cabendo, *v.g.*, uma ADIn no STF a fim de invalidar norma infraconstitucional incompatível com eles; *b*) tratados de direitos humanos que têm apenas “*status* de norma constitucional” (não sendo “*equivalentes* às emendas constitucionais”, posto que não aprovados pela maioria qualificada do art. 5º, § 3º) são paradigma apenas do controle *difuso* de convencionalidade. Ocorre que os tratados internacionais *comuns* (que versam temas alheios a direitos humanos) também têm *status* superior ao das leis internas (segundo o nosso entendimento, não ainda o do STF). Se bem que não equiparados às normas constitucionais, os instrumentos convencionais comuns (como sempre defendemos, com base no art. 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969) têm *status* supralegal no Brasil, posto não poderem ser revogados por lei interna posterior, como também estão a demonstrar vários dispositivos da própria legislação brasileira, dentre eles o art. 98 do Código Tributário Nacional (*verbis*: “Os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela que lhes sobrevenha”). Neste último caso, tais tratados (comuns) também servem de paradigma ao controle das normas infraconstitucionais, posto estarem situados acima delas, com a única diferença (em relação aos tratados de direitos humanos) que não servirão de paradigma do controle *de convencionalidade* (expressão reservada aos tratados com nível constitucional), mas do controle *de supralegalidade* das normas infraconstitucionais.²¹

Em outra obra, Valerio Mazzuoli esclarece o significado das expressões controle de constitucionalidade, de convencionalidade, de supralegalidade e de legalidade, nos seguintes termos:

²⁰ V. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis**, cit., p. 123.

²¹ V. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Idem*, p. 128.



“É de boa técnica precisar o significado das expressões ‘constitucionalidade’, ‘convencionalidade’, ‘supralegalidade’ e ‘legalidade’ de acordo com a hierarquia que elas guardam no nosso sistema jurídico. Assim, os controles de ‘constitucionalidade’ e ‘convencionalidade’ dizem respeito à compatibilidade das normas do ordenamento interno com a Constituição e com os tratados de direitos humanos, respectivamente. A expressão ‘controle de convencionalidade’ fica reservada – repita-se – à compatibilidade das normas de Direito interno com os tratados internacionais de direitos humanos, por terem eles índole e nível constitucionais. Já o controle de supralegalidade seria o exercício de controle que tem como paradigma os tratados internacionais comuns, que guardam nível de norma supralegal no Brasil. E, por último, o controle de legalidade em sentido estrito seria o realizado tendo como paradigma as leis ordinárias (ou complementares), que estão abaixo dos tratados internacionais comuns na hierarquia das normas do Direito brasileiro. Este último caso seria o relativo à compatibilização de um decreto em face de uma lei ordinária, por exemplo”²²

Portanto, como se pode facilmente perceber, no Brasil de hoje existem 6 (seis) tipos de controle da produção normativa doméstica, quais sejam: 1 – controle de legalidade; 2 – controle de supralegalidade; 3 – controle de constitucionalidade difuso; 4 – controle de constitucionalidade concentrado; 5 – controle de convencionalidade difuso; e 6 – controle de convencionalidade concentrado.

O que isto tudo significa? Significa que o arsenal que se tem para invalidar leis contrárias à Constituição ou aos tratados internacionais (de direitos humanos ou comuns) dos quais o Brasil faz parte é imensamente maior àquele existente até bem pouco tempo em nosso país. Mas significa também que os juízes brasileiros têm agora que aprender a lidar com essas convenções internacionais e a controlar a convencionalidade das leis que

²² MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Tratados internacionais de direitos humanos e direito interno**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 223.



com elas conflitem. No que tange às Convenções da OIT relativas a temas ambientais (como é o caso da Convenção 169 da OIT sobre povos indígenas e tribais) os Juízes do Trabalho têm a especial missão de entender o diálogo dessa normativa com as normas de Direito interno a fim de dar à parte o melhor direito no caso concreto. Enfim, isso tudo não pode (absolutamente) passar despercebido pelos operadores do Direito no Brasil.

6 DO PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO AO PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DA NORMA MAIS FAVORÁVEL

Por fim, é ainda possível acrescentar às características acima estudadas uma última, relativa à superação do princípio da supremacia da Constituição pelo da supremacia da norma mais favorável (ou princípio *pro homine*), quando de trata de direitos humanos. Trata-se de uma enorme mudança de paradigma que se está a presenciar neste momento histórico em que os direitos humanos chegaram ao ápice da proteção estatal e internacional. Frise-se que o princípio *pro homine* (até então pouco conhecido dos operadores do Direito no Brasil) é amigo antigo da doutrina trabalhista, que sempre conheceu (e diga-se, em geral bem aplicou) o princípio da *primazia da norma mais favorável ao trabalhador*.

Como se sabe, no Estado de Direito constitucionalista vigorava, com todo esplendor, o princípio da supremacia da Constituição. Agora, a partir do Estado de Direito internacionalista (terceira “onda” evolutiva do Estado, do Direito e da Justiça) nota-se que aquele princípio não é absoluto quando se trata de direitos humanos. Na atualidade temos que admitir tanto a interpretação conforme à Constituição como a interpretação conforme os tratados de direitos humanos. Temos também de realizar o controle de constitucionalidade junto com o controle de convencionalidade das leis.²³

Claro que é absolutamente incontestável a superioridade normativa e jurídica da Constituição em face das leis internas. Ela é, ademais, a origem, a base ou o fundamento de todas as outras normas (do Direito interno). A Constituição possui força vinculante em relação ao legislador, ao intérprete e ao juiz. Nenhuma interpretação legal pode se afastar do seu quadro normativo

²³ Cf. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*, cit., pp. 123-128.



(ou axiológico). Interpretação conforme à Constituição significa interpretar todas as demais normas do ordenamento jurídico de acordo com as regras e princípios constitucionais. Essa é a forma correta de interpretação (não o contrário).

Assim, nenhuma norma ou ato jurídico interno pode conflitar com a Constituição, sob pena de invalidade. Ou seja, todas as normas e atos que entram em rota de colisão com a Constituição não são válidos (porque inconstitucionais) e devem ser afastados do mundo jurídico. As normas anteriores que entram em choque com ela não são (foram) recepcionadas (são inválidas); as posteriores são inconstitucionais (e devem ser declaradas inválidas).

No campo dos direitos humanos, no entanto, a supremacia não é necessariamente da Constituição (brasileira) e sim da norma *mais favorável* ao ser humano (em homenagem ao princípio *pro homine*). Esta norma mais favorável pode ser uma norma *internacional* ou *constitucional* ou até mesmo *legal*. O princípio da supremacia da Constituição, no âmbito dos direitos humanos, deve conviver com o princípio hoje reconhecido pelos tribunais regionais de direitos humanos (v.g., Corte Europeia de Direitos Humanos e Corte Interamericana de Direitos Humanos) chamado de princípio *pro homine* (que apregoa a supremacia da norma mais favorável ao ser humano).

Não bastasse essa novidade, outra ainda se apresenta e diz respeito a uma nova maneira de enxergar (e de tratar) o problema das relações do Direito interno com o Direito Internacional (dos Direitos Humanos).

Como é de conhecimento geral, no que diz respeito às relações do Direito interno com o Direito Internacional Público existem duas clássicas teorias: (a) a dualista e (b) a monista. Esta última, por seu turno, se subdivide (também na visão tradicional) em (b.1) monismo nacionalista e (b.2) monismo internacionalista.

Para a teoria dualista as duas ordens jurídicas (a interna e a internacional) são totalmente independentes (uma não interfere no âmbito da vigência ou validade da outra, nem estabelece relação de subordinação entre elas). Assim sendo, a norma internacional só pode ser aplicada no plano do Direito interno se for *internalizada* por um ato normativo típico do Direito interno (ao que se nominou de “teoria da transformação”). Essa doutrina, há muitos anos, já não é a acolhida no Direito brasileiro (e no Direito estrangeiro em geral).

As teorias monistas (diversamente) sustentam a unicidade da ordem jurídica (não haveria que se falar em várias ordens jurídicas, mas



em apenas *uma* ordem jurídica). Esta doutrina se subdivide em monista *nacionalista* e monista *internacionalista*. Para o monismo nacionalista a preponderância seria do Direito interno (ou seja, caberia ao Direito interno a discricionariedade de escolher qual das normas em conflito deveria prevalecer). Para o monismo internacionalista, por sua vez, a prevalência seria sempre do Direito Internacional frente ao Direito interno (essa, por sinal, é a clássica posição de Kelsen: o Direito interno deriva do Direito Internacional, que ocupa posição hierárquica superior).²⁴ Esta última é hoje a doutrina majoritária no Direito brasileiro. O sistema brasileiro, sem dúvida, adota esse modelo monista internacionalista.

Esta solução monista internacionalista tem ainda servido ao Direito Internacional Público tradicional, contando com o apoio da melhor doutrina (tanto no Brasil como no resto do mundo). Ocorre que quando em jogo o tema “direitos humanos” uma solução mais fluida pode ser adotada, posição essa que não deixa de ser *monista*, tampouco *internacionalista*, mas refinada com *dialogismo* (que é a possibilidade de um “diálogo” entre as fontes internacional e interna, a fim de escolher qual a “melhor norma” a ser aplicada no caso concreto).²⁵

Isso significa que em matéria de direitos humanos o mais adequado é falar em *monismo internacionalista dialógico*,²⁶ porque, nesse âmbito normativo, todas as normas jurídicas se dialogam, em razão de determinação do próprio Direito internacional, devendo prevalecer a norma mais favorável à proteção do Direito (ou da liberdade) do ser humano, por força do princípio *pro homine*.²⁷

Veja-se o que significa o monismo internacionalista dialógico e qual o seu fundamento jurídico:

“Quando as relações do Direito internacional com o Direito interno

²⁴ V. KELSEN, Hans. Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public, in **Recueil des Cours**, vol. 14 (1926-IV), pp. 227-331.

²⁵ Sobre o dialogismo e sua aplicação às relações entre o Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Direito interno, v. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, **Tratados internacionais de direitos humanos e direito interno**, cit., pp. 129-145.

²⁶ A locução é de MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, O monismo internacionalista dialógico, in **Revista Jurídica Consulex**, ano XIV, nº 324, Brasília, jul./2010, pp. 50-51.

²⁷ Sobre esse princípio, v. HENDERSON, Humberto, Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: la importancia del principio *pro homine*, in **Revista IIDH**, vol. 39, San José, IIDH, 2004, pp. 71-99.



dizem respeito ao tema dos 'direitos humanos', a nossa proposta é que se adote o que chamamos de *monismo internacionalista dialógico*. O que isso significa? Significa que se é certo que, à luz da ordem jurídica internacional, os tratados internacionais *sempre prevalecem* à ordem jurídica interna (concepção monista internacionalista *clássica*), não é menos certo que em se tratando dos instrumentos que versam direitos humanos pode haver *coexistência* e *diálogo* entre essas normas e aquelas de Direito interno. Em outros termos, no que tange às relações entre os tratados de direitos humanos e as normas domésticas de determinado Estado, é correto falar num 'diálogo' entre essas mesmas fontes. E a autorização para que esse 'diálogo' exista provém dos próprios tratados de direitos humanos, que prezam sempre pela aplicação da norma *mais favorável* ao ser humano (v.g., na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 1969, essa norma encontra-se no art. 29, alínea b).

"Perceba-se que a prevalência da norma internacional sobre a interna continua a existir, mesmo quando os instrumentos internacionais de proteção autorizam a aplicação da norma interna mais benéfica, visto que, nesse caso, a aplicação da norma interna, no caso concreto, é concessão da própria norma internacional que lhe é superior, o que estaria a demonstrar a existência sim de uma hierarquia, típica do monismo internacionalista, contudo muito mais fluida e totalmente diferenciada da existente no Direito Internacional tradicional (v.g., como está a prever o art. 27 da Convenção de Viena de 1969). Em outras palavras, a aplicação de uma lei ordinária (quando mais benéfica) em detrimento de um tratado de direitos humanos não deixa de respeitar ao princípio de hierarquia, pois proveio justamente de uma norma de interpretação do tratado (que consagra o 'princípio da primazia da norma mais favorável ao ser humano', ou 'princípio internacional *pro homine*') que lhe é hierarquicamente superior. Aqui se trata de uma hierarquia de valores, ou seja, *substancial* ou *material*, em contraposição à ultrapassada hierarquia meramente *formal*, de cunho intransigente.

"Em suma, o monismo internacionalista ainda continua a prevalecer nesta hipótese, mas com dialogismo. Daí a nossa proposta de um monismo internacionalista *dialógico*, quando o conflito entre as normas internacionais e internas se refira ao tema 'direitos humanos'.

"Frise-se que essa 'autorização' – presente nas normas internacionais de direitos humanos para que se aplique a norma *mais favorável* (que pode ser a norma interna ou a própria norma internacional, em homenagem ao 'princípio internacional *pro homine*') – encontra-se em certos dispositivos desses tratados que nominamos de *vasos comunicantes* (ou 'cláusulas de diálogo', 'cláusulas



dialógicas', ou ainda 'cláusulas de retroalimentação'), responsáveis por interligar a ordem jurídica internacional com a ordem interna. Esses vasos comunicantes retiram a possibilidade de antinomias entre um ordenamento e outro em quaisquer casos, fazendo com que tais ordenamentos (o internacional e o interno) 'dialoguem' e intentem resolver qual norma deve prevalecer no caso concreto (ou, até mesmo, se *as duas* prevalecerão concomitantemente no caso concreto) quando presente uma situação de conflito normativo.

"Por exemplo, tal cláusula de diálogo na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969) é o art. 29, alínea *b*. Essa 'via de mão dupla' que interliga o sistema internacional de proteção dos direitos humanos com a ordem interna (e que juridicamente se consubstancia em ditos *vasos comunicantes*) faz nascer o que também se pode chamar de *transdialogismo*. Essa, nos parece, é a tendência do Direito pós-moderno no que tange às relações do Direito Internacional (dos Direitos Humanos) com o Direito interno".²⁸

No que diz respeito ao direito interno uma claríssima norma de diálogo (ou "cláusula de diálogo") vem contemplada no art. 5º, § 2º, da nossa Constituição (que diz que os direitos expressos no seu texto não excluem outros provenientes dos tratados internacionais de que a República Federativa do Brasil seja parte).

A prisão civil do depositário infiel constitui um bom exemplo do que foi afirmado acima. O STF, no citado *RE 466.343-SP*, desprezou todas as normas jurídicas internas que previam referida prisão (tanto normas legais como constitucional), para fazer valer a norma internacional mais favorável: o art. 7º, 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (que tem sintonia com o art. 11 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1966). Nesse sentido confira a Súmula Vinculante 25 do STF, que entendeu ser ilegal a prisão civil de depositário infiel qualquer que seja a modalidade do depósito. No mesmo julgado o STF ainda reconheceu a força *supralegal* a todos os tratados de direitos humanos (e se estes forem aprovados com *quorum* qualificado passarão a ter força de Emenda Constitucional, por força do art. 5º, § 3º, da CF).

Na atualidade, tendo em conta a força dos tratados de direitos humanos (força *supralegal*, em virtude do que foi decidido no *RE 466.343-SP*),

²⁸ V., por tudo, MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, **Direito internacional público: parte geral**, 5ª ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: RT, 2010, pp. 82-84; e MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, **Tratados internacionais de direitos humanos e direito interno**, cit., pp. 166-167.



também devemos falar em interpretação conforme tais tratados. Nenhuma norma ou ato interno pode conflitar com um tratado internacional de direitos humanos (sob pena de invalidade). Assim, todas as normas e atos que entrem em rota de colisão com eles serão inconventionais e inválidos.

Impõe-se, doravante, distinguir com toda clareza o controle de constitucionalidade do controle de convencionalidade (das leis e dos atos normativos do poder público). Ambos conduzem à invalidade da norma ou ato incompatível com a Constituição ou com os tratados de direitos humanos em vigor no país.

7 A CRISE DA SOBERANIA

Em nenhuma outra época de toda existência da humanidade (essa é uma história que já conta com 6 ou 7 milhões de anos) nunca o Direito Internacional, em termos globais, foi tão reiteradamente lembrado e requerido. Paralelamente, também nunca foi tão forte a crise do conceito de soberania.

Depois que surgiu a ideia de “aldeia global”, que se correlaciona com a de sociedade telemática,²⁹ muitos (e agudos) são os conflitos que todo o planeta vem enfrentando (conflitos ambientais, criminalidade organizada mundial, crimes informáticos globais, disputas regionais no Oriente Médio, conflito Israel-Palestina, guerras protagonizadas pelos Estados Unidos, risco de proliferação nuclear no Irã³⁰ etc.).

Só uma ordem e uma Justiça internacionais, com competência ampla, poderia legitimamente direcionar esforços para a solução, final ou aproximada, desses conflitos internacionais. Nunca a humanidade (e o planeta Terra) necessitou tanto de uma Justiça e de uma ordem internacionais.

Ocorre que uma ordem e uma Justiça dessa natureza conflitam radicalmente com a ideia de “soberania externa” dos Estados nacionais, tal como tradicionalmente compreendida. Na Idade Média e até o princípio da formação do Estado Moderno (século XVII) a premissa reinante era a da *absoluta* soberania de cada Estado nacional (*suprema potestas superiorem*

²⁹ Cf. ECHEVERRÍA, Javier. **Los señores del aire: telépolis y el tercer entorno**. Barcelona: Ensayo, 1999.

³⁰ V., dentre outras, a *Resolução* do Conselho de Segurança da ONU nº 1.929/2010, que impôs sanções ao governo do Irã (acatada pelo Brasil pelo Decreto nº 7.259, de 10 de agosto de 2010).



non recognoscens: poder supremo que não reconhece outro acima de si). Mas essa forma autoritária (e totalmente independente) de governar cada nação está com os seus dias contados, pois o mundo moderno já não suporta as atrocidades praticadas pelos países potentes, em nome da lei do mais forte. Esse estado selvagem hobbesiano (o Leviatã), em que o ser humano aparece como o lobo do outro ser humano e em que vigora a velha regra da guerra de todos contra todos (*ius ad bellum; bellum omnis contra omnes*), tem que ceder espaço para um novo mundo, ambientado e teleguiado pela paz e pela proteção dos direitos humanos, tal como delineado pela Carta das Nações Unidas de 1945.

Conflitos como o da Coreia do Norte contra a Coreia do Sul, dos Estados Unidos contra o Iraque e de Israel contra os palestinos retratam o velho estado selvagem ou estado de natureza (ou seja: Estado não subordinado ao Direito Internacional, à Justiça internacional), em cujo modelo de organização vigora o estado de guerra permanente.

Luigi Ferrajoli, a propósito da soberania no mundo moderno, levantou três hipóteses de trabalho (três *aporias* ou *autocontradições*) que bem demonstram que o conceito de “soberania”, na pós-modernidade, só pode ser compreendido com contornos novos.³¹ Tais aporias, segundo Ferrajoli são:

a) *Primeira*: que a soberania é uma ideia pré-moderna de raiz jusnaturalista, que acabou servindo de base para a concepção positivista do Estado. Originalmente, a ideia de soberania estava vinculada com a pretensão de dar fundamento jurídico às conquistas do Novo Mundo (alguns autores europeus, diante da invasão de outros continentes pela Europa, desenvolveram a tese do Estado soberano para dar sustentação jurídica à sua existência). Com a noção original de soberania, portanto, confundem-se a desigualdade, a superioridade do europeu, o racismo, o expansionismo europeu, as guerras étnicas, a destruição do habitante natural das terras invadidas, a colonização, a exploração, a difusão de um modelo cultural europeu para outros continentes etc.

A partir do Estado liberal (final do século XVIII e início do século XIX) o Direito se confunde com esse Estado soberano, porque não existe Direito sem soberania; esse Direito, durante longo período (desde o Estado liberal burguês), foi, por seu turno, confundido com a lei; o Estado soberano (liberal) é o que tem poder de editar leis e as leis constituem o eixo do Direito; a isso

³¹ V., por tudo, FERRAJOLI, Luigi, **Derechos y garantías...**, cit., pp. 125-175.



é que foi conduzido o positivismo legalista, em que vigora o “*auctoritas, non veritas facit legem*”, a confusão entre vigência e validade da lei (*quod principi placuit leis habet vigorem*).

b) *Segunda*: que a evolução histórica do conceito de soberania deu-se paradoxalmente: quanto mais a soberania interna era sufocada pela concepção do Estado constitucional e democrático de direito (normas constitucionais superiores, controle de constitucionalidade das leis etc.), mais saliente se tornava a noção de soberania externa, que foi historicamente mais contundente entre meados do século XIX até meados do século XX (guerra dos 30 anos, nazismo, fascismo etc.). Em nenhuma outra época foi tão marcante o princípio *suprema potestas superiorem non recognoscens*. Assim, a uma progressiva limitação do Estado em seu ambiente interno corria paralelamente uma progressiva ilimitação (absolutização) do Estado em suas relações externas.

Dois foram os processos concomitantes que deram origem ao Estado moderno (no século XVII): o da secularização (separação entre o Estado e a Igreja, entre o delito e o pecado, entre o Direito e a religião) e o da absolutização da soberania externa.

Internamente nascia o Estado de Direito liberal com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Cuidava-se de um Estado de Direito em que reinava a legalidade, a divisão de poderes, o respeito aos direitos fundamentais e limites ao Estado (isto é: restrição da soberania interna).

c) *Terceira*: do ponto de vista jurídico (do Direito) a ideia de soberania (interna ou externa) não se sustenta: há uma antinomia insolúvel entre soberania e direito. O Estado ou é de Direito ou é soberano.

Soberano é o Estado que não tem limites. Se o Estado é um Estado de Direito, ou seja, regido pelo Direito, isso significa que tem limites (internos e externos). Logo, soberania e direito são inconciliáveis.³²

No plano interno essa soberania estatal desapareceu com o surgimento do Estado Constitucional e Democrático de Direito. Na esfera internacional essa soberania começou a (definitivamente) terminar com a Carta da ONU de 1945 e a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, que configuram duas certidões de nascimento do moderno Direito Internacional.

³² Cf. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Soberania e a proteção internacional dos direitos humanos: dois fundamentos irreconciliáveis, in **Revista de Informação Legislativa**, ano 39, nº 156, Brasília, out./dez./2002, pp. 169-177,



Assim, à medida que os Estados assumem compromissos mútuos em convenções internacionais de direitos humanos, que diminuem a competência discricionária de cada parte contratante, eles *restringem* a sua soberania, e isto constitui uma tendência do constitucionalismo contemporâneo, que aponta a prevalência da concepção monista internacionalista (mas impregnada de *dialogismo*) para a regência das relações entre o Direito Internacional e o Direito interno. Tal restrição encontra seus limites, internamente, na personalidade reconhecida do indivíduo e, externamente, no próprio Direito Internacional reconhecido por esses mesmos Estados. Por força desse reconhecimento, os Estados se auto-restringem em sua soberania, sem que possam, em seguida, juridicamente, libertar-se por um ato de vontade própria e exclusiva das obrigações a si mesmo impostas.

Tinha razão Kelsen quando, em 1920, sustentava a tese de que o conceito de soberania tinha que ser resolvido (ou seja: eliminado) de forma radical. Essa é a primeira revolução cultural que necessitamos, dizia. Antes de Kelsen outros autores já haviam propugnado pelo fim do conceito de soberania: entre eles, destacam-se Kant e Francisco de Vitória (que falavam na subordinação do Estado ao Direito Internacional).

A noção de soberania, aliás, nem é inerente à concepção de Estado. Surgiu da luta que os Estados nacionais tiveram que travar, externamente, contra a Igreja, que os pretendia colocar ao seu serviço, e contra o Império Romano, que os considerava como simples províncias; e internamente, contra os senhores feudais, que procuravam igualar-se com os Estados, atribuindo-se poder próprio, independente e autônomo. Sem embargo de desaparecidos os motivos que a determinaram, a concepção de soberania ainda subsiste, embora fragilizada pela pressão das necessidades históricas, notadamente pelo sistema internacional de proteção dos direitos humanos, que, reagindo incessantemente contra o seu conceito original, tal como identificado por Jean Bodin, acabou de fato por transformá-lo num adorno vazio de sentido.

Na atualidade o conceito de soberania externa entrou definitivamente em crise depois do nascimento da ONU e das duas certidões de nascimento do Direito Internacional pós-moderno já referidas, que são: Carta da ONU de 1945 e Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.

Os dois objetivos da humanidade passaram a ser: (a) o imperativo da paz e (b) a proteção dos direitos humanos. Como desdobramentos da última premissa surgem (a) o sistema global de proteção dos direitos humanos assim como (b) os sistemas regionais de proteção desses mesmos direitos.

A proteção dos direitos humanos deixou de ser uma questão



exclusiva e interna de cada Estado (“domestic affair”) para se converter numa questão de índole internacional (“international concern”).

O Direito Internacional deve ser levado mais a sério (como diz Dworkin). É nesse sentido que devem ser entendidas (a) a decisão do STF de 3 de dezembro de 2008, que passou a admitir força supralegal para os tratados internacionais de direitos humanos no Brasil (RE 466.343-SP), dando nascimento a um novo modelo de Estado brasileiro, que estamos chamando de *Estado Constitucional e Humanista de Direito* e (b) a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969 (que ingressou formalmente no nosso Direito em 2009, dando *status* de norma supralegal a todos os tratados internacionais – de direitos humanos ou não – nos termos do seu art. 27).

Nenhum problema global da humanidade assim como nenhum valor do nosso tempo pode ser realizado (como enfatiza Ferrajoli) fora do horizonte do Direito Internacional (daí a pertinência e a necessidade imperiosa do seu estudo): a busca incessante pela paz, pela igualdade, pelo direito de liberdade e de subsistência, a proteção frente à criminalidade internacional, a defesa planetária do meio-ambiente, a tutela dos direitos fundamentais etc.: hoje tudo passa (ou deve passar) pelo Direito Internacional.

Assim, se existe noção alheia ao Direito Internacional esta noção é de soberania. É irreconciliável, por exemplo, o seu fundamento com a dinâmica internacional de proteção dos direitos humanos, o que implica necessariamente na abdicação ou afastamento da sua noção tradicional.

A verdadeira soberania deveria consistir numa cooperação internacional dos Estados em prol de finalidades comuns. Um novo conceito de soberania, afastada a sua noção tradicional, aponta para a existência de um Estado não isolado, mas incluso numa sociedade e num sistema internacional como um todo; a participação dos Estados na sociedade internacional, protegendo e amparando os direitos humanos, esta sim, seguindo-se a trilha apontada por essa nova tônica das relações internacionais, deveria ser considerada um ato de soberania por excelência.

O ato de viver, na atualidade, já não é um acontecimento puramente natural, típico das sociedades naturais. O ato de viver hoje está condicionado pela economia mundial, pela preservação ambiental planetária, pelas tecnologias da era telemática, pelas políticas e culturas cada vez mais globalizadas etc. De outro lado, como bem sublinha Mario Sérgio Cortella (*Política para não ser idiota*) já não temos nossa *domus* (nossa casa), o que temos hoje (com nível de consciência cada vez mais alto) são *con-domínios*, porque viver é conviver, seja em sua casa, seja em sua rua, seja em sua cidade,



seja em seu país, seja no planeta. A vida humana (hoje mais do que nunca) é condomínio, é convivência, interna e internacional, e isso pressupõe regras, deveres, respeito ao próximo, respeito ao vizinho etc. Ninguém mais é soberano (ou não deve ser mais soberano), porque a velha ideia do *superanus* (aquele que está acima de todos e não se subordina a ninguém) perdeu espaço para outros conceitos como o de autonomia, que por sua vez está subordinada a outras ideias como convivência, condomínio etc.

A luta por um novo “constitucionalismo internacional”, que incremente as garantias jurisdicionais dos direitos fundamentais assim como a busca pela paz por intermédio do Direito são os novos horizontes dos juristas do século XXI, que devem lutar (como nos ensina Ferrajoli): (a) pela ampliação das competências dos tribunais internacionais, (b) pela obrigatoriedade universal das suas jurisdições, (c) pela acessibilidade aos tribunais, reconhecida também aos particulares e (d) pela efetividade dos tribunais penais internacionais (como é o caso do TPI).³³

8 CONCLUSÃO

O que se pode concluir do estudo que se acaba de realizar é que o Direito brasileiro passa agora por um momento novo em que seus instrumentos jurídicos ampliam-se para melhor proteger o ser humano. Ademais, o Supremo Tribunal Federal finalmente compreendeu a importância que têm os tratados de direitos humanos para a concretização dos direitos fundamentais no país. Se é certo que os avanços do Direito Internacional Público se fazem notar desde a Segunda Guerra Mundial, não é menos certo que os seus reflexos somente apareceram no Direito brasileiro há pouquíssimo tempo. Tudo isso é tão novo no Brasil que os nossos juízes e tribunais (bem assim a nossa doutrina) ainda não se aperceberam de todos esses avanços, sequer que as fontes do Direito não se resumem mais às fontes infralegais e leis, aos códigos e à própria Constituição, indo hoje muito mais além, para também albergar os tratados internacionais (especialmente os de direitos humanos) em vigor no país, bem assim a jurisprudência dos tribunais internacionais de direitos humanos (em especial, da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que nos afeta diretamente).

³³ V. FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías...*, cit., p. 153.



Hoje, o Direito da pós-modernidade passa por novas “ondas” evolutivas (destacando-se as ondas *internacionalista* e *universalista*) e conta com muito mais fontes do que contava até pouco tempo (as fontes atuais do Direito são plúrimas). Ademais, não há mais somente o controle de constitucionalidade como parâmetro de controle da produção normativa doméstica, contando a nossa ordem jurídica também com o controle de convencionalidade das leis (nas modalidades *difusa* e *concentrada*). Para além disso, existe ainda o controle de suprallegalidade (que tem como paradigma de controle os tratados internacionais comuns) e o controle de legalidade (compatibilização de um decreto com uma lei, *v.g.*). Por fim, foi possível perceber que o princípio da supremacia da Constituição, em matéria de direitos humanos, cede espaço (na pós-modernidade jurídica) para o princípio da supremacia da norma mais favorável ao ser humano (também chamado de princípio *pro homine*, que não deixa de ser garantido pela nossa Constituição – art. 4º, inc. II, que fala da “prevalência dos direitos humanos” enquanto princípio norteador das relações internacionais do Brasil).

Ao assimilar todas essas características do Direito pós-moderno o jurista do terceiro milênio estará melhor preparado (e terá mais armas) para defender e proteger os direitos humanos. É só abrindo os olhos para essa nova realidade que se pode conseguir *proteger mais* os direitos daqueles que necessitam. Ao jurista do terceiro milênio cabe transcender o ensino jurídico clássico, todo ele fundado no legalismo formalista ou positivismo legalista (que nasceu no final do século XVIII e começo do século XIX), para chegar à compreensão do Direito Internacional dos Direitos Humanos (e do Direito universal). Temos dois olhos exatamente para mirar as normas internas (lei, códigos e Constituição) com um deles e as normas internacionais (e universais) com o outro.

Que os juristas brasileiros em geral possam (para falar como Erik Jayme) compreender cada vez mais esse “diálogo das fontes” e escutar o que elas dizem! O STF abriu esse caminho vedando a prisão civil do depositário infiel (qualquer que seja a modalidade do depósito). Foi valorando as várias fontes normativas que o Supremo chegou à Súmula Vinculante nº 25 (que proíbe tal modalidade de prisão). Essa postura jurisprudencial histórica da nossa Corte Suprema descortinou um horizonte infinito que vista nenhuma conseguirá dimensionar.



REFERÊNCIAS

BICKEL, Alexander M. **The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics**, 2nd ed. New Haven: Yale University Press, 1986.

ECHEVERRÍA, Javier. **Los señores del aire: telépolis y el tercer entorno**. Barcelona: Ensayo, 1999.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías: la ley del más débil**. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez e Andrea Greppi. Madrid: Trotta, 1999.

GOMES, Luiz Flávio & MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Direito supraconstitucional: do absolutismo ao Estado Constitucional e Humanista de Direito**. São Paulo: RT, 2010.

HENDERSON, Humberto. Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: la importancia del principio *pro homine*. **Revista IIDH**, vol. 39, San José, IIDH, 2004, pp. 71-99.

JAYME, Erik, **Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne**, *Recueil des Cours*, vol. 251 (1995), pp. 9-267.

KELSEN, Hans. **Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public**. *Recueil des Cours*, vol. 14 (1926-IV), pp. 227-331.

MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander. **O STF e a anistia**. *Carta Forense*, nº 87, São Paulo, ago./2010, p. A4.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Tratados internacionais de direitos humanos e direito interno**. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Direito internacional público: parte geral**, 5ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2010.



_____. **Curso de direito internacional público**, 4ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2010.

_____. O monismo internacionalista dialógico. **Revista Jurídica Consulex**, ano XIV, nº 324, Brasília, jul./2010, pp. 50-51.

_____. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. São Paulo: RT, 2009.

_____. O Supremo Tribunal Federal e os conflitos entre tratados internacionais e leis internas. **Revista de Informação Legislativa**, ano 39, nº 154, Brasília, abr./jun./2002, pp. 15-29.

_____. Soberania e a proteção internacional dos direitos humanos: dois fundamentos irreconciliáveis. **Revista de Informação Legislativa**, ano 39, nº 156, Brasília, out./dez./2002, pp. 169-177.

PILLAY, Navi. O direito de conhecer a verdade. **Jornal Folha de São Paulo**, Caderno "Tendências e Debates" de 06.08.2010, p. A3.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**, vol. 3. Porto Alegre: Fabris, 2003.

GENERAL CHARACTERISTICS OF THE LAW (ESPECIALLY OF INTERNATIONAL LAW) ON THE THRESHOLD OF THE THIRD MILLENNIUM

ABSTRACT

This study aims to investigate the main features of Law in post-modernity. Many of these features have not yet been perceived by the Law operators in Brazil. This study intends to demonstrate the evolution of Law towards post-modernity



(through its “evolutionary waves”), the changes in the current regulatory pyramid, the types of control of domestic regulatory production and, last but not least, the overcoming of the principle of supremacy of the Constitution by the supremacy of the most favorable rule (*pro homine* principle).

Keywords: post-modern Law, sources of Law; legal pyramid; evolutionary waves of Law; normative control; internationalist dialogical monism; primacy of the most favorable rule.



Regras de Publicação para a Próxima Edição

Todas as normas que regem a publicação de artigos na trigésima terceira edição da Revista Jurídica In Verbis encontram-se disponíveis para download no site oficial do periódico – www.inverbis.com.br -, na seção “Normas”. As referidas normas consistem em Edital e Guia de Normas, este anexo àquele. Na supradita seção, há também um artigo modelo elaborado, a convite, pelo Professor Igor Alexandre Felipe de Macêdo.

