

Jurisvox

Revista Jurídica do Centro Universitário de Patos de Minas

UNIPAM – Centro Universitário de Patos de Minas

Reitor do UNIPAM
Milton Roberto de Castro Teixeira

Pró-reitor de Ensino, Pesquisa e Extensão
Fagner Oliveira de Deus

Pró-reitor de Planejamento, Administração e Finanças
Renato Borges Fernandes

Curso de Direito do Centro Universitário de Patos de Minas

Coordenador do curso de Direito
Guilherme Caixeta Borges

*A Jurisvox é uma publicação do curso de Direito,
do Centro Universitário de Patos de Minas.*

Impressão e acabamento

Xxxx: (xx) xxxx- xxxx

Catálogo na Fonte
Biblioteca Central do Unipam

J959j JURISVOX: Revista Jurídica do Centro Universitário de Patos de Minas. -
v. 1, n. 1 (ago. 1999) - Patos de Minas: UNIPAM, 2016.

Anual: 1999-2012. Semestral: 2013-2015. Anual: 2016-.

ISSN 1516-778X

1. Direito - Periódicos. I. Centro Universitário de Patos de Minas.

CDD: 340.05

Bibliotecária responsável: Dione Candido Aquino – CRB 1720

Centro Universitário de Patos de Minas | UNIPAM

Rua Major Gote, 808 – Caiçaras
38702-054 Patos de Minas-MG Brasil
Telefax: (34) 3823-0300
web: www.unipam.edu.br

Jurisvox

Revista Jurídica do Centro Universitário de Patos de Minas

ISSN 1516-778X

ano 15 – n.º 15 – vols. 1 e 2 – julho e dezembro de 2014
Patos de Minas: Jurisvox, UNIPAM, (15): 1-233, 2014



Centro Universitário de Patos de Minas

Jurisvox

Revista Jurídica do Centro Universitário de Patos de Minas

<http://jurisvox.unipam.edu.br/>

e-mail: jurisvox@unipam.edu.br

Editor responsável

Luiz Henrique Borges Varella (UNIPAM)

Conselho administrativo

Alexandre Máximo Oliveira (UNIPAM)

Helen Solis (UNIPAM)

Leonardo Caixeta dos Santos (UNIPAM)

Luciana de Brito Freitas Leite (UNIPAM)

Morisa Martins Jajah (UNIPAM)

Wânia Alves Ferreira Fontes (UNIPAM)

Conselho consultivo

Alexandre Walmott Borges (UFU/MG)

Carlos Alberto Molinaro (PUC/RS)

Edilton Meireles (UFBA)

Elpídio Donizetti (TJMG)

Francisco Satiro de Souza Júnior (USP)

Fredie Didier Júnior (UFBA)

Guilherme Calmon Nogueira da Gama (UERJ)

Humberto Theodoro Júnior (UFMG)

Ivo Teixeira Gico Júnior (UCB/DF)

Jorge Luiz Fontoura Nogueira (UNICEUB/DF)

Jorge Miranda (Universidade de Lisboa/Portugal)

José Herval Sampaio Júnior (UERN)

Lígia Mori Madeira (PUC/RS)

Luiz Carlos Figueira de Melo (UFU/MG)

Maria Alexandra de Sousa Aragão (Universidade de Coimbra/Portugal)

Mônica Neves Aguiar da Silva (UFBA)

Paulo Roberto Colombo Arnoldi (UNESP)

Pedro Caldas Neto (FCTMC/RN)

Plínio Antônio Britto Gentil (PUC-SP/UNITOLEDO)

Rogério Greco (MP/MG)

Roland Hasson (PUC/PR)

Yara Maria Pereira Gurgel (UFRN)

Revisão

Elizene Sebastiana de Oliveira Nunes

Paula Boaventura Veloso

Bibliotecária responsável

Dione Candido Aquino – CRB 1720

NEP | Núcleo de Editoria e Publicações

Coordenadora do Núcleo de Editoria e Publicações

Elizene Sebastiana de Oliveira Nunes

Consulte o site do NEP: <http://nep.unipam.edu.br>

Sumário

Volume 1

Seção Doutrina

- 9 | A proteção constitucional do consumidor e a relevância da reforma do CDC no atual estágio da sociedade brasileira
Constitutional protection of the consumer and the reform relevance of the Consumer Defense Code in present stage of brazilian society
Rodrigo Luiz da Silva Versiani
- 23 | Os diferentes aspectos sobre princípios e regras no ordenamento jurídico brasileiro
The different aspects of principles and rules in the Brazilian legal system
Tiago Nunes da Silva
Luiz Carlos Figueira de Melo
- 36 | Princípio da solidariedade e princípio da igualdade na defesa do consumidor
Principles of Solidarity and Equality Aimed at Consumer Protection
Naiara Cardoso Gomide da Costa Alamy
- 51 | Uma abordagem teórica sobre a origem, as fontes e os princípios do Direito Administrativo
Theoretical approach on the origin, sources and principles of Administrative Law
Fernando Martins Fonseca

Seção Ensaio Jurídico

- 75 | Dano existencial: noções fundamentais
Existential damage: fundamental notions
Daniela Carmo Nunes
- 86 | O dano moral e a teoria dos Punitive Damages
The moral damage and the punitive damages theory
Letícia Alves Ferreira Souto
- 108 | Soluções alternativas de conflitos: a arbitragem aplicada aos dissídios trabalhistas
Alternative dispute resolution: arbitration applied to the labor disputes
Pedro Henrique Oliveira Guimarães
Ana Íris Galvão Amaral

Volume 2

Seção Doutrina

- 128 | Princípio constitucional da prioridade absoluta e sua densidade normativa: o neoconstitucionalismo e a superação do discurso programático dos direitos fundamentais prestacionais relativos a crianças e adolescentes
Constitutional principle of absolute priority and its normative density: the neoconstitutionalism and overcoming programmatic speech features of the constitutional rights relating to children and adolescents
Vanessa Dosualdo Freitas
- 145 | A dissimulação do contrato de estágio
The dissimulation of the internship contract
Júlio Alves Caixêta Júnior
- 162 | As metas de produtividade do conselho nacional de justiça e a necessidade de respostas rápidas em Direito
The National Council of justice productivity goals and the need for rapid responses in Law
Cássio Schneider Bemvenuti
- 172 | Eficácia do novo CPC antes do término do período de vacância da lei
Effectiveness of the new Brazilian Code of Civil Procedure before the ending of its vacancy period
Fredie Didier Júnior

Seção Ensaio Jurídico

- 178 | Análise do Direito Penal do Inimigo no ordenamento jurídico brasileiro
Analysis of Enemy Penal Law in Brazilian legal system
Raysna Nêmora de Araújo Flávio Fernandes
- 196 | A nomeação de familiares para o secretariado pelo chefe do poder executivo municipal
The appointment of family members to the secretariat by the head of the municipal executive branch
Otávio Augusto Vieira Bomtempo
Paulo César de Freitas
- 216 | Usucapião administrativa: novo instrumento de desjudicialização, regularização fundiária e reconhecimento da função social à posse
Administrative adverse possession: new instrument of lessening the jurisdiction of court , land regularization and recognition of the social function of possession
Weberson Daniel Silva
Itamar José Fernandes

Editorial

Com alegria renovada vem a público o número 15 da Revista *Jurisvox*, que consolida o novo modelo editorial inaugurado no número 14 que teve como finalidade precípua o diálogo entre os trabalhos científicos no âmbito da pós-graduação e da graduação.

A seção Doutrina, dedicada a trabalhos de alto nível e impacto científico, oferece aos cientistas da área jurídica reflexões acerca dos temas que despertam maiores dúvidas e angústias para os operadores do Direito. Nesta edição da Revista *Jurisvox* destaca-se, por exemplo, no volume 2, a abordagem pioneira de Fredie Didier Júnior sobre a possibilidade do Novo Código de Processo Civil – aprovado pelo Congresso Nacional recentemente, em dezembro de 2014, e possivelmente com sanção presidencial prevista para o início do ano de 2015 – ser aplicado durante o período de *vacatio legis*. Trata-se de tema instigante, pouco abordado e geralmente negligenciado, tendo em vista que – como adverte o autor – “é preciso firmar uma premissa: texto normativo não se confunde com a norma jurídica. Lei não é norma jurídica, lei é fonte de norma jurídica”.

No volume 1, a seção Doutrina focalizou os trabalhos de Direito do Consumidor, Direito Administrativo e Teoria do Direito. Os advogados Rodrigo Luiz da Silva Versiani e Naiara Cardoso Gomide da Costa Alamy trataram, respectivamente, da proteção constitucional do consumidor e dos princípios da solidariedade e igualdade na defesa do consumidor. Ambos, com acerto, renovam as premissas constitucionais e legais do ordenamento jurídico acerca da salvaguarda dos direitos dos consumidores. Os advogados Tiago Nunes da Silva e Luiz Carlos Figueira de Melo, por sua vez, ofertam considerações importantes sobre as regras e os princípios no ordenamento jurídico brasileiro, o que, em certa medida, é revisitado pelo interessante trabalho de Fernando Martins Fonseca ao tratar das fontes e princípios do Direito Administrativo. Igualmente importantes são os trabalhos, inseridos no volume 2, de Vanessa Dosualdo Freitas, Júlio Alves Caixêta Júnior e Cássio Schneider Benvenuto. A digníssima Promotora de Justiça, Dra. Vanessa Dosualdo Freitas, oferece reflexões valiosas acerca da densificação de normas de índole constitucional para a proteção de crianças e adolescentes, defendendo, a título de exemplo, a inoponibilidade da cláusula da reserva do possível em se tratando de ações que busquem a implementação de direitos fundamentais prestacionais para atendimento do público infanto-juvenil. O ilustre advogado, Dr. Júlio Alves Caixêta Júnior, por sua vez, apresenta interessantes considerações sobre a dissimulação nos contratos de estágio, despertando a atenção dos operadores jurídicos para os perigos dos desvios de finalidade que podem ocorrer no âmbito desse tipo de relação contratual. Por fim, destaca-se mais um trabalho relevante do eminente advogado, Dr. Cássio Schneider Benvenuto, que joga novas luzes sobre a antiga problemática da morosidade jurisdicional, sob o foco das metas de produtividade do Conselho Nacional de Justiça e seu respectivo papel na melhoria da qualidade dos serviços jurisdicionais. Afinal, como destaca o autor, “uma sociedade que exige decisões rápidas em seu tempo não pode conviver com um Poder Judiciário moroso em sua função”.

A seção Ensaio Jurídico, por sua vez, renova a proposta de incentivo e de prestígio da pesquisa na graduação. A qualidade dos trabalhos, tanto no volume 1 como no volume 2, é fascinante, revelando não apenas o talento dos jovens discentes mas também a sensibilidade e humildade dos professores, pois muitos trabalhos foram assinados em conjunto pelos discentes e pelos docentes, como aconteceu nos trabalhos de Pedro Henrique Oliveira Guimarães (orientado e assinado em coautoria pela professora Ana Íris Galvão Amaral), de Otávio Augusto Vieira Bontempo (orientado e assinado em coautoria pelo professor Paulo César de Freitas) e de Weberson Daniel Silva (orientado e assinado em coautoria pelo professor Itamar José Fernandes). Tais trabalhos, sem dúvida, demonstram a interação entre os mestres e aprendizes e revigoram as esperanças no ensino jurídico sólido e na pesquisa científica de qualidade. E, por último, merecem aplausos os trabalhos destemidos de Daniela Carmo Nunes, Letícia Alves Ferreira Souto e Raysna Nêmore de Araújo Flávio Fernandes, que se lançam, ainda na graduação, como autoras independentes e corajosas, enfrentando temas de altíssima relevância, com a curiosidade científica própria dos pesquisadores experientes.

Por tudo isso, é com enorme orgulho que o Centro Universitário de Patos de Minas apresenta à comunidade acadêmica mais este número da Revista *Jurisvox*, com a certeza de que poderá servir como mais um tijolo na construção do castelo da ciência jurídica.



JURISVOX
N. 15, VOL. 1, JUL.2014
SEÇÃO DOCTRINA

A proteção constitucional do consumidor e a relevância da reforma do CDC no atual estágio da sociedade brasileira

Constitutional protection of the consumer and the reform relevance of the Consumer Defense Code in present stage of brazilian society

Rodrigo Luiz da Silva Versiani

Advogado. Especialista em Direito Civil e Empresarial.

E-mail: versiani_adv@yahoo.com.br

Resumo: Cuida o presente artigo de trazer algumas considerações acerca da proteção constitucional do consumidor através da elevação à categoria de direitos fundamentais e acerca da importância da reforma do CDC que se encontra em tramitação no Congresso Nacional. Outrossim, instiga uma reflexão sobre o atual estágio da sociedade brasileira no que tange ao crescente comércio eletrônico e à falta de segurança e confiança do consumidor nas transações realizadas nesse meio, bem como a questão da prevenção do superendividamento das famílias brasileiras e, por fim, o aspecto da prestação jurisdicional através das ações coletivas, visando aperfeiçoar o acesso do consumidor na tutela dos direitos metaindividuais, característica de uma sociedade de consumo em massa, como a que vivemos na atualidade.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais. Direito do Consumidor. Reforma do CDC.

Abstract: This article brings some considerations about the constitutional protection of the consumer by raising the category of fundamental rights and the importance of the reform of the CDC which is being processed in the National Congress. Furthermore, it instigates a reflection on the current state of Brazilian society in relation to the growing e-commerce and the lack of safety and lack of consumer confidence in transactions in this medium, as well as the issue of prevention of indebtedness of Brazilian families, and finally the aspect of adjudication through class actions, aiming to improve consumer access in the protection of metaindividual rights, characteristic of a mass consumption society, as we experience today.

Keywords: Fundamental Rights. Consumer Law. CDC Reform.

1 Considerações iniciais

Na atual conjuntura da sociedade brasileira, emergiu um novo estágio de desenvolvimento social, econômico e tecnológico, bem diferente de quando foi criado o Código de Defesa do Consumidor há quase 24 anos. Portanto, é inquestionável que, diante de tal estágio vivenciado no país, o códex consumerista necessita ser adequado às incessantes transformações ocorridas na sociedade de consumo massificado na qual nos encontramos inseridos.

O anseio pelo consumo trouxe uma nova maneira de consumir. Vivencia-se uma era de exacerbado comércio eletrônico, em que não existe a contratação presencial. Nesse modelo comercial, os bens, os produtos e os serviços não estão

disponíveis diretamente ao consumidor, mas disponibilizados por meios eletrônicos, como internet, telefone, fax, dentre outros, por meio de texto, som e imagem.

Quando da formulação do Código de Defesa do Consumidor não era prevista a atual realidade virtual, portanto, torna-se imprescindível atualizar a legislação consumerista, a fim de dar maior proteção ao ente vulnerável, primando pelo equilíbrio entre consumidor e fornecedor, com a aplicação dos princípios da confiança, da boa-fé objetiva, da vulnerabilidade, da informação, além do direito ao arrendimento de compras fora do estabelecimento comercial.

No que diz respeito à prevenção ao superendividamento, a democratização do crédito facilitou a aquisição de bens e serviços, contudo, na atualidade, verifica-se um consumo desenfreado, em que as pessoas influenciadas pelos inúmeros meios de comunicação consomem mesmo quando não necessitam de tal produto ou serviço.

Importante ressaltar que se exige especial atenção a algumas classes de consumidores, como idosos e adolescentes que, em virtude de alguns aspectos inerentes ao estágio da vida, são, sobretudo, ainda mais vulneráveis, merecendo um tratamento diferenciado, visando evitar abusos por partes dos fornecedores de produtos e serviços.

Diante dessas novas nuances, é inquestionável que o consumidor estaria em total desvantagem ante a sua vulnerabilidade em face dos grupos econômicos, devendo, portanto, haver a intervenção do Estado no sentido de se atualizarem as normas protetivas aos consumidores.

Assim, o caráter de garantia fundamental da defesa do consumidor elencado no artigo 5º e como princípio da atividade econômica contido no artigo 170, inciso V da Constituição Federal, vem garantir a primazia de proteção destes entes vulneráveis, ressaltando que as reformas pretendidas deverão ampliar os princípios já existentes, a fim de abarcar o máximo de situações, com vistas a alcançar um nível ótimo de proteção e, ao mesmo tempo, dar continuidade ao crescimento econômico do país.

2 Desenvolvimento

2.1 Algumas nuances sobre o surgimento do direito do consumidor

Pode se dizer que o direito do consumidor surgiu nas sociedades capitalistas centrais (Estados Unidos, Inglaterra, Alemanha e França), impulsionado pelo anseio de justiça social. Contudo, foi nos Estados Unidos, após a famosa mensagem do Presidente John F. Kennedy ao Congresso norte-americano em 15 de março de 1962, que começaram a surgir as primeiras legislações acerca do tema.

Veja-se a célebre mensagem do Presidente Kennedy:

Consumidores, por definição, somos todos nós. Eles são o maior grupo econômico, e influenciam e são influenciados por quase toda decisão econômica pública ou privada. Apesar disso, eles são o único grupo importante, cujos pontos de vista, muitas vezes não são considerados. (AMARAL, 2010, p. 19).

Assim, "sendo o consumo parte essencial do cotidiano do ser humano e o consumidor o sujeito em que se encerra todo o ciclo econômico, não poderia tal matéria restar esquecida pelos profissionais do direito, homens públicos e cientistas" (AMARAL, 2010, p. 19).

No plano do direito supranacional, não há dúvida de que a Resolução 39/248 de 16 de abril de 1985, obtida nas discussões do Conselho Social Econômico da Assembleia Geral das Nações Unidas, foi o marco fundamental no direito do consumidor, em que foi adotada uma série de normas internacionais para proteção ao consumidor.

A respeito da Resolução 39/248/85, discorre Martins:

[...] este último édito internacional da *vulnerabilidade* como característica *ôntica* do consumidor (desequilíbrio econômico, jogo de força depauperado, necessidade de consumo equitativo e sustentável) foi adotado globalmente. Para tanto, teve o mérito de traçar, entre outras, as seguintes diretrizes aos países signatários: *i*) proteção aos consumidores frente aos riscos e prejuízos à saúde e segurança; *ii*) promoção e proteção dos interesses econômicos dos consumidores; *iii*) acesso a informação adequada para escolha; *iv*) educação para o consumidor; *v*) reparação e compensação do consumidor; *vi*) liberdade de constituição de grupos e organizações para a defesa coletiva. [...] essas diretrizes supranacionais tornar-se-iam os chamados direitos básicos positivados em diversas legislações (2011, p.167).

Com efeito, influenciado por tal resolução da ONU, bem como por legislações de outros países desenvolvidos socioeconomicamente, o constituinte originário consagrou a proteção do consumidor como direito e garantia fundamental, elencado no artigo 5º, inciso XXXII, como Princípio Geral da Atividade Econômica, contido no artigo 170, inciso V, bem como no artigo 48 do Ato das Disposições Constitucionais e Transitórias, em que ficou determinada a criação de um Código de Defesa do Consumidor.

Segundo afirma Nishiyama (2010), além dos dispositivos supracitados, merecem também destaque outros dispositivos, como o artigo 24, inciso VIII, que atribui competência concorrente a União, Estados e Distrito Federal para legislar sobre responsabilidade por dano ao consumidor; o artigo 150, § 5º, que determina que a lei estabeleça "medidas para que os consumidores sejam esclarecidos acerca dos impostos que incidam sobre mercadorias e serviços" (2010, p. 19); o artigo 175, § único, inciso II, determinando à lei dispor sobre os direitos dos usuários de serviços públicos; o artigo 220, § 4º, que dispõe sobre a propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias nos meios de comunicação; o artigo 221, sobre as diretrizes a serem observadas na produção e na difusão de programas de rádio e televisão. Além de todos esses dispositivos, existem outros implícitos na Constituição Federal/88, como o direito à igualdade; o direito de resposta; o direito de acesso à informação; o devido processo legal; a proteção judicial etc.

Conforme determinado no artigo 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, o Congresso Nacional elaboraria, no prazo de cento e vinte (120) dias, um código de defesa do consumidor, o que somente veio a acontecer pouco mais de

dois anos da promulgação da Carta Política. Contudo, a lei 8.078 de 11 de setembro de 1990 foi um marco no ordenamento jurídico brasileiro. Tal avanço legislativo foi de crucial importância para resguardar os interesses dos consumidores, haja vista que, até então, tínhamos um emaranhado de legislações esparsas que não traziam a proteção necessária, ao contrário do Código de Defesa do Consumidor, "caracterizado como norma princípio lógica (normas que veiculam valores, estabelecem os fins a serem alcançados, ao contrário das regras que estipulam hipóteses do tipo preceito/sansão)" (GARCIA, 2012, p. 3).

Leciona, ainda, Nishiyama (2010) que, como direito fundamental, a defesa do consumidor foi elevada à cláusula pétreia constante no art. 5º, inciso XXXII da Constituição Federal/88, não podendo, portanto, ser abolida mediante emenda constitucional, impedindo que futuras reformas implicassem em alteração dos seus princípios fundamentais, pois o significado último das cláusulas de imutabilidade está em prevenir um processo de erosão da Constituição. O consagrado jurista gaúcho Ingo Wolfgang Sarlet (2009) consigna que os direitos fundamentais integram, ao lado da definição da forma de Estado, do sistema de governo e da organização do poder, a essência do Estado constitucional, constituindo não apenas parte da constituição formal, mas também elemento nuclear da Constituição material.

Diante de tais considerações, vislumbra-se a importância da proteção ao consumidor, haja vista que repercute sobre a própria estrutura do Estado e da sociedade, incidindo sobre todo o ordenamento jurídico, além de se estender do poder legiferante ao executivo.

É sabido que a proteção do consumidor constante do artigo 5º, inciso XXXII da Constituição Federal/88 tem natureza de norma programática ou norma-objetivo, na qual a proteção ao consumidor depende de implementação por parte do Estado de políticas públicas através de edição de normas, como leis e regulamentos da Administração Pública, além de recursos materiais e humanos para sua concretização.

No que diz respeito a normas de conteúdo programático, considera-se, ainda, trazer a tona os ensinamentos de Ingo Sarlet:

importante ressaltar que, ainda, que, ao utilizarmos a expressão escolhida (normas de cunho programático), o fazemos convictos de que também estas normas são dotadas de eficácia e não podem ser consideradas meras proclamações de cunho ideológico ou político, pois, se assim fosse, efetivamente haveríamos de compartilhar o ponto de vista dos que sustentam a inexistência de normas programáticas. Com efeito, já se assinalou alhures que todas as normas constitucionais, mesmo as que fixam programas ou tarefas para o Estado, possuem o caráter de autênticas normas jurídicas, no sentido de que mesmo sem qualquer ato concretizador se encontram aptas a desencadear algum efeito jurídico (2009, p. 292).

Toda essa preocupação do legislador constituinte originário tem supedâneo em um principal aspecto do consumidor, qual seja: a vulnerabilidade, haja vista que o consumidor é inexoravelmente vulnerável em sua essência, pois é um mero coadjuvante em relação às economias crescentes, aos detentores do poder econômico, e, também, ao poder público.

Sobre vulnerabilidade, leciona Fernando Rodrigues Martins que,

independentemente de raça, religião, profissão, condição econômica, intelectual ou grau de instrução, a pessoa exposta ao mercado e aos agentes de transformação desse ambiente (fornecedores) é vulnerável, mesmo que em graus distintos de vulnerabilidade. Aliás, essa debilidade cada vez mais é verificada na medida em que o Estado passa a ter diversos parceiros legisladores (dentre eles os grandes empresários) e as leis acabam sendo utilizadas como produto normativo de baixa intensidade, sendo eficazmente substituída pelos contratos (2011, p. 177-178).

Vislumbra-se que a atuação do legislador constituinte, ao inserir a proteção do consumidor no rol de direitos e garantias fundamentais, almejou a criação normativa capaz de atender às necessidades dessa minoria, diante do surgimento de novas formas de contratação, como o uso da internet, a democratização do crédito, dentre outras variantes que não foram previstas na criação do Código de Defesa do Consumidor.

Ainda citando Martins,

em outras palavras no que respeita a relação jurídica de consumo: há a nítida necessidade de equilíbrio na democracia mercadológica entre os agentes transformadores econômicos (criação, fabricação, construção, serviços etc.) e os agentes transformadores econômicos quanto aos produtos e serviços inerentes. Pode se dizer que o direito do consumidor é direito fundamental, em terceira geração, porquanto haurido na ordem internacional respeitante aos direitos humanos de conteúdo econômico e coletivo, envoltos pela solidariedade, que visam impedir que o poder de uma pessoa (fornecedor) a outra atropеле ou sobreponha (mitigando-a da imanente integralidade existencial e patrimonial), especialmente nas relações jurídicas negociais, o que obriga a intervenção estatal para a adoção das providências de restabelecimento de equilíbrio e normalidade. Eis o setor de direitos fundamentais de maior densidade demográficas de titulares (2011, p. 175- 176).

2.2 A proteção constitucional do consumidor como direito fundamental

A Carta Maior, ao elevar o Direito do Consumidor como Direito Fundamental, trouxe um avanço considerável à matéria, pois, a partir de sua inserção no rol dos Direitos e Garantias Fundamentais elencado no artigo 5º, inciso XXXII, como Princípio Geral da Atividade Econômica contido no artigo 170, inciso V, bem como no artigo 48 do Ato das Disposições Constitucionais e Transitórias, em que foi prevista a criação de um Código de Defesa do Consumidor, foi reconhecida a importância do assunto pelo legislador constituinte originário, colocando o Brasil na vanguarda juntamente com outros países desenvolvidos, no que diz respeito à criação deste microsistema protetivo ao consumidor.

Tal avanço foi um marco no nosso ordenamento jurídico, pois, nas Constituições anteriores, não havia tal previsão almejando garantir a devida proteção ao consumidor diante de práticas comerciais e prestação de serviços públicos que

continham vícios, abusividades ou que colocassem o consumidor em patente desvantagem.

O direito do consumidor como garantia fundamental não está restrito aos preceitos citados anteriormente, haja vista a abrangência do tema em outros princípios constitucionais inarredáveis e em outros dispositivos de forma implícita, demonstrando, assim, a relevância do assunto sob a ótica do legislador constituinte.

No que concerne à importância da aplicação dos princípios, Robert Alexy (2009) entende que os princípios básicos da Lei Fundamental, ou seja, os princípios da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da igualdade, do estado de direito, da democracia e do Estado social, como mandamentos de otimização, exigem sua mais ampla realização possível, ao passo que juntos exigem a realização aproximativa de um ideal jurídico, qual seja o ideal do estado de direito democrático e social.

Assim, é necessário se ater à importância do Direito do Consumidor como direito fundamental e à necessidade da intervenção estatal nas esferas administrativa e judicial, bem como à atualização legislativa, a fim de se adequar as modernidades vividas e adoção de novas medidas de proteção, não vislumbradas à época da criação do Código de Defesa do Consumidor. Tudo isso em consonância com a função primordial do Estado em sua condição de garantidor dos princípios fundamentais arraigados na Constituição Federal.

Segundo Nalin e Xavier (2011), a origem constitucional e a estabilidade proporcionada pela Carta fizeram do Código de Defesa do Consumidor o código de leis brasileiro mais legítimo do ponto de vista da eficácia social, em comparação a tantas outras leis de mesmo grau hierárquico. Segundo esses autores, o Código de Defesa do Consumidor é o melhor exemplo de que a lei, em algumas das vezes, consegue estimular a sociedade ao aperfeiçoar e expandir as suas relações, ao contrário do que normalmente ocorre com o direito positivo, que segue a reboque dos eventos sociais.

Ademais, o Texto Constitucional como norma basilar e de direito positivo, ao consagrar a tutela específica do consumidor, obriga o Estado, em todos seus âmbitos (Executivo, Legislativo e Judiciário), a promover a proteção do consumidor, bem como a implementar Políticas Públicas, visando garantir dignidade, saúde, segurança, proteção aos seus interesses econômicos, melhoria de sua qualidade de vida, em harmonia com desenvolvimento econômico e tecnológico de nosso país.

No que tange à inserção como princípio da atividade ordem econômica, o legislador constituinte almejou coibir os abusos contra a concorrência desleal nas práticas comerciais, o abuso do poder econômico, o aumento arbitrário dos lucros, a racionalização e melhoria dos serviços públicos e, também, a proteção ao meio ambiente, haja vista que a tutela do consumidor está estreitamente ligada ao meio ambiente, pelo ponto de convergência que é a proteção à saúde do homem.

Além dessas questões, a bem da verdade, ao consumidor faltam conhecimentos para discernir sobre condições do negócio realizado, principalmente no meio virtual; a vulnerabilidade jurídica, própria da maioria dos consumidores, que desconhecem os seus direitos básicos, o conteúdo dos contratos de adesão, com principal relevância aos contratos de natureza financeira que podem ocasionar o superendividamento do consumidor.

No que tange à esfera contratual, registre-se, ainda, que, no estágio de desenvolvimento em que se encontra a sociedade contemporânea, não é mais possível pensar em contrato sem considerar a função social que deve desempenhar, e a estrita observância ao princípio da boa-fé, uma vez que o progresso tecnológico impulsionou o crescimento das relações econômicas não somente no meio físico, mas também no meio virtual, desencadeando um consumo em massa, cujas relações jurídicas daí advindas devem ser postas no sentido da proteção dos indivíduos dela participantes, evitando-se, assim, os abusos que porventura venham a ser praticados por aqueles que detêm os meios de produção e o poder econômico.

2.3 Os anteprojetos de lei de atualização do Código de Defesa do Consumidor

Com o intuito de oferecer elementos à reforma do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, foi criada em 02 de dezembro de 2010, pelo Ato do Presidente 305/2010, uma Comissão de Juristas, tendo seu mandato renovado até 31 de dezembro de 2012, pelos Atos do Presidente 308/2010, 115/2011 e 206/2011.

Nesse período, a Comissão de Juristas presidida pelo Ministro Antônio Herman V. Benjamin e pelos demais integrantes, sendo estes Claudia Lima Marques (Relatora Geral), Ada Pellegrini Grinover, Leonardo Roscoe Bessa, Roberto Pfeiffer e Kazuo Watanabe, visando buscar elementos para desenvolvimento dos trabalhos, procurou ouvir e buscar informações junto aos segmentos representativos atuantes no direito e defesa do consumidor, dos fornecedores e de todos os envolvidos nas relações de consumo.

O Código de Defesa do Consumidor, Lei 8.078/1990, este ano completa 24 anos de vigência. Esse códex teve nascedouro em resposta à transição de uma sociedade meramente industrial para uma sociedade de consumo, tendo por escopo a proteção ao princípio de igualdade aos agentes inseridos no mercado, especialmente o mais vulnerável: o consumidor. Como bem asseveraram Marques e Miragem (2012), trata-se de uma lei que mudou o mercado brasileiro, estabeleceu um novo patamar de boa-fé e qualidade nas relações privadas, especialmente na proteção dos mais vulneráveis e na pacificação dos conflitos, representando em suma um grande avanço para o Brasil. Outrossim, a coerência com o atual microsistema só pode ser assegurada se evitar a fragmentação atual em leis especiais.

É necessário vislumbrar que a criação de leis especiais que venham regular os temas da atualização em detalhes deve estabelecer um patamar mínimo de proteção que permita aplicar os princípios contidos no Código de Defesa do Consumidor, as relações de consumo, considerando o seu caráter de norma principio lógica por natureza, tendo em vista que, quando de sua criação, esse códex foi pensando nesse sentido, visando dar a máxima proteção ao vulnerável negocial, especialmente na solução de casos em que a norma expressamente não abarcar uma situação vivenciada pelo consumidor.

Segundo as diretrizes determinadas pelo Presidente do Senado Federal, para a atualização do Código de Defesa do Consumidor, chegou-se à conclusão de que não poderia ser promovida uma reforma integral do texto legislativo, mas uma

atualização de forma pontual, com isso, buscando evitar um retrocesso no nível já alcançado de proteção ao consumidor brasileiro.

Após várias reuniões técnicas com a participação dos representantes dos setores envolvidos, a Comissão de Juristas apresentou três anteprojetos de leis preliminares para discussão pública, tendo por objetos os seguintes temas: a) Crédito e prevenção do superendividamento do consumidor, b) Comércio eletrônico e parte geral e c) Ações coletivas e normas instrumentais.

Cabe ressaltar que esses anteprojetos foram submetidos a amplo debate público, a partir de audiências públicas em várias regiões do Brasil, além de outras reuniões técnicas com os setores envolvidos, quando, então, surgiu a versão final, com fundamento nesse processo de aperfeiçoamento da proposta original e, então, entregue ao Presidente do Senado em 14.03.2012.

De acordo com Marques e Miragem (2012), consoante o Relatório Final apresentado pela Comissão de Juristas, constatam-se três dimensões que orientam as reformas do Código de Defesa do Consumidor.

Sendo a primeira delas a *dimensão constitucional*, que demonstra a relevância do estrito alinhamento com a diretriz constitucional-protetiva do CDC, a qual delineou que eventuais alterações legislativas em hipótese poderiam reduzir os direitos do consumidores já alcançados em quase 24 anos do CDC. Neste aspecto, faz-se necessário que haja uma expansão dos princípios já existentes, destacando-se a proteção em relação ao superendividamento das famílias, com a observância a novas classes de vulneráveis como os idosos e adolescentes, o comércio no meio digital nacional e internacional, visando consolidar os princípios da boa-fé objetiva, transparência e equilíbrio nas relações de consumo.

Uma segunda dimensão é denominada de *dimensão inclusiva*, orienta-se pelo paradigma do acesso a bens que orienta o direito privado contemporâneo. Daí dizer-se que se trata de uma intervenção focada e mínima, em temas específicos, ma sem perde a visão global do microsistema e sua repercussão em todo o sistema de direito privado e processual civil no Brasil. Contempla a necessidade de preocupar-se com a vulnerabilidade de novos consumidores que se inserem no mercado brasileiro, assim como novos modelos de negócio, produtos e serviços decorrentes do desenvolvimento tecnológico, e a necessidade básica de promover a inclusão sem perda ou redução de direitos e do nível de proteção legal consagrado aos consumidores.

Por fim, a terceira é a *dimensão de efetividade e de confiança no microsistema*. Orienta-se pelo princípio da efetividade do direito do consumidor, e parte da identificação de problemas práticos de efetividade do CDC. Especialmente em vista do grande número de novas leis especiais, normas processuais aplicáveis e linhas jurisprudenciais existentes, é mister reforçar a confiança dos consumidores em seu Código e sua efetividade prática, seja trazendo normas especiais quanto aos prazos prescricionais e a interação entre ações individuais e coletivas, seja revigorando a sua parte instrumental, em especial no que se refera as ações coletivas, facilitando de forma educativa um procedimento especial para as ações coletivas, tanto de consumo, como as demais, valorizando estas ações e suas decisões positivas para os consumidores, assim como o papel da Defensoria Pública, do Ministério Público e das Associações da defesa individual e coletiva

dos consumidores, e garantindo o acesso à Justiça. (MARQUES; MIRAGEM, 2012, p. 333-334)

A partir da apresentação dos anteprojetos pela Comissão de Atualização, o Senado Federal deu início à tramitação de três projetos de lei, sobre a reforma do Código de Defesa do Consumidor, Lei 8.078/90. O PLS 281/2012 (Projeto de Lei do Senado) que cria uma nova seção no Código de Defesa do Consumidor para tratar do comércio eletrônico, o PLS 282/2012 que disciplina as ações coletivas e o PLS 283/2012 que dispõe sobre o regulamento do crédito ao consumidor e previne o superendividamento.

Sobre os projetos de lei em tramitação no Senado Federal, da leitura do Projeto de Leis do Senado 281/12 que trata do comércio eletrônico, constata-se, no art. 1º, parágrafo único, a inserção de um princípio de proteção ao consumidor e no art. 5º, inciso VII, a adoção da teoria do "diálogo das fontes", esse entendido como o necessário diálogo entre as várias fontes normativas de um ordenamento jurídico, buscando o fim colimado pelo direito, que é a efetividade da prestação jurisdicional.

Tal teoria foi introduzida no Brasil pela eminente doutrinadora e membro da comissão de juristas que elaboraram os anteprojetos, Cláudia Lima Marques. É proposto um sentido de complementaridade entre o Código de Defesa do Consumidor, o novel Código Civil e a Constituição Federal, buscando a integração dessas normas com o fito de trazer ao intérprete uma nova ferramenta hermenêutica a solucionar problemas de conflitos das normas jurídicas (antinomias), com o escopo de interpretá-las de forma coordenada e sistemática por meio de uma hermenêutica expansiva, cuja finalidade é concretizar os direitos sob apreciação do judiciário.

Sobre o comércio eletrônico, não há dúvida de que o mesmo é considerado o meio de fornecimento mais utilizado na atualidade, ao mesmo tempo aumentando vertiginosamente a insatisfação do consumidor, ante a sua extrema vulnerabilidade nesse tipo de comércio. Há, então, a necessidade de reforço nos direitos de informação, transparência, lealdade, autodeterminação, cooperação e segurança.

Ensina Marques (2011) que é preciso proteger e melhorar a posição jurídica contratual do negociador mais fraco e leigo no comércio eletrônico. Ressalta ainda que o consumidor pessoa física residente no Brasil parece ser a finalidade maior da doutrina brasileira e dos projetos de lei existentes sobre o assunto.

Sobre os deveres que devem reger tal comércio, encontram-se as lições de Marques:

sejam consideradas ofertas de consumo ou não, há que se considerar que estas práticas comerciais dos fornecedores fazem nascer deveres de boa-fé geral, como o de informação, identificação de oferta comercial, cuidado com os dados do consumidor (dever de privacidade do consumidor, de proteção contra invasões no *site* ou na rede) e deveres de boa-fé específicos do meio virtual, com o de confirmação individual, de perenização da oferta e do contrato, e deveres de cooperação na comunicação (o silêncio do fornecedor pode ser usual no comércio, mas é fonte de insegurança e quebra da confiança perante o consumidor), na execução a distância (geralmente por correio e outros meios de execução da prestação característica, que é a do fornecedor) e no pagamento a distância

(cuidados ao retirar a quantia do cartão de crédito, com número do cartão de crédito, etc.) (2011, p. 126- 127).

Acerca do dever de informar do fornecedor de produtos e serviços, ensina o festejado mestre Antônio Herman de Vasconcelos Benjamin, na obra Código de Defesa do Consumidor, comentada pelos autores do anteprojeto:

para a proteção efetiva do consumidor não é suficiente o mero controle da enganiosidade e abusividade da informação. Faz-se necessário que o fornecedor cumpra seu dever de informação positiva. "Toda a reforma do sistema jurídico nessa matéria, em especial no que se refere à publicidade, relaciona-se com o reconhecimento de que o consumidor tem direito a uma informação completa e exata sobre os produtos e serviços que deseja adquirir...". "Não é qualquer modalidade informativa que se presta para atender aos ditames do Código. A informação deve ser correta (verdadeira), clara (de fácil entendimento), precisa (sem prolixidade), ostensiva (de fácil percepção) e em língua portuguesa...". "Caberá ao fornecedor, conhecedor de seu produto ou serviço, informar sobre "outros" dados que, no caso concreto, repute importantes. Se não o fizer voluntariamente, assim o determinará o juiz ou a autoridade administrativa, independente da reparação e da repressão (administrativa e penal) (GRINOVER, *et al.*, 2011, p. 289-291).

Sendo os contratos eletrônicos um reflexo da economia globalizada e sem fronteiras, não foge ao direito do consumidor a sua aplicabilidade sob esse novo tipo contratual. Muito embora seja tema novo, as relações de consumo típicas por meio eletrônico merecem e devem ser protegidas mediante os aspectos constitucionais já existentes em nosso ordenamento jurídico.

Não resta dúvida de que se vive a "era da informação", na qual o comércio eletrônico é demasiadamente utilizado, originando, dessas relações, os chamados contratos à distância no comércio eletrônico, que é um fenômeno mais evidente nas relações massificadas e na expansão da "rede mundial de computadores", assim como a inserção de determinadas faixas de renda da população ao acesso a essas tecnologias.

Com essas novas tecnologias, surge também a insegurança do consumidor, pois contrata-se à distância com alguém do qual não se sabe a idoneidade, bem como, em alguns casos, não se tem acesso detalhado às especificações técnicas do produto ou serviço adquirido, tributação, sendo que, muitas vezes, sequer é possível constatar na página da internet acessada o endereço físico da empresa fornecedora. Não há dúvidas, então, de que tal despersonalização contratual gera extrema desconfiança.

Assim, o principal problema da prática do comércio eletrônico é a falta de confiança dos consumidores, intimamente atrelada à ideia de boa-fé e, conseqüentemente, à ideia de manutenção contratual e, por conseguinte, do equilíbrio e equidade contratual.

É cediço que o direito à informação é um dos pilares básicos nas relações consumeristas, devendo estar presente desde a fase pré-contratual até a fase pós-

contratual. No entanto, os preceitos contidos nos art. 6º, III, 30 e 31 do Código de Defesa do Consumidor devem ser observados não somente na fase de tratativas, devem perdurar após contratação, garantido ao consumidor a segurança almejada no que tange à manutenção contratual.

No que diz respeito ao projeto de lei 283/2012, sobre regulamentação do crédito ao consumidor e prevenção do superendividamento, houve a necessidade de se incluírem normas princípio lógicas, visando promover o acesso ao crédito responsável à educação financeira do consumidor, bem como coibir os abusos por parte dos fornecedores, com base nos princípios da boa-fé objetiva, equilíbrio e função social do crédito ao consumidor, dignidade da pessoa humana, transparência, informação, harmonia e repressão do abuso.

A reforma projetada visa acrescentar outros instrumentos para a concretização da Política Nacional de Relações de Consumo constantes no artigo 4º do Código de Defesa do Consumidor, destacando-se o caráter preventivo e um tratamento tanto judicial como extrajudicial a favor do consumidor pessoa física, com o fim precípuo de se evitar a situação de superendividamento, ressaltando que, no texto do projeto de lei, especificamente no art. 54-A a 54-G, verifica-se a inserção de instrumentos capazes de munir o julgador de importantes poderes, visando, essencialmente, prevenir o superendividamento, inclusive garantindo ao consumidor o "mínimo existencial", com a inclusão do inciso XI ao art. 6º do Código de Defesa do Consumidor.

Ainda sobre a questão do superendividamento, é preciso salientar que, nos chamados "contratos de adesão", o projeto de lei sobre tema vislumbrou a questão da informação ao consumidor, com a inserção do art. 54-B ao Código de Defesa do Consumidor, como responsabilidade "pré-contratual", ao obrigar o fornecedor prévia e adequadamente, na oferta e por meio do contrato, informar sobre custo efetivo total do crédito e a descrição dos elementos que o compõem; as taxas de juros e encargos; o montante das prestações e validade da oferta, dentre outros de suma importância. Tudo isso, sem dúvida, irá influenciar no poder de decisão do consumidor.

Cabe, ainda, salientar que, sem prejuízo da importância das demais disposições contidas no aludido art. 54-B, merece destaque o inciso IV do §4º que, por sua vez, enfatiza a necessidade de clareza e veracidade das informações repassadas ao consumidor, especialmente na concessão de crédito. Transparência essa ligada ao princípio da boa-fé objetiva que deve nortear as relações consumeristas (art.4º, III e art. 51, IV, do Código de Defesa do Consumidor). A preocupação não se reduz somente às vantagens, mas também aos riscos e aos ônus da contratação.

Outro ponto importante foi a proposta de ter levado em consideração a idade do consumidor, protegendo, de modo especial, os idosos e adolescentes, considerados especialmente vulneráveis, ante a faixa etária que se encontram.

Sobre o assunto discorre Marcelo Junqueira Calixto:

trata-se, de certa forma, de uma "discriminação positiva", em favor destes dois grupos, que podem ao mesmo tempo ser considerados como especialmente vulneráveis (ou hipervulneráveis), razão pela qual já desfrutavam de uma proteção diferenciada na redação original do CDC(veja-se, neste sentido, o disposto no art. 39, IV, do CDC) (2013, p.284).

Outra inovação importante foi a previsão da conciliação nos casos de superendividamento, ao passo que a pretendida reforma inseriu o Capítulo V ao Título III do Código de Defesa do Consumidor, visando a defesa do consumidor em juízo. O art. 104-A introduz um mecanismo de composição amigável entre os consumidores e fornecedores, visando o cumprimento da obrigação assumida através de um "plano de pagamento" com um prazo não superior a cinco anos, mas preservando o "mínimo existencial".

A justificação desse projeto de lei tem como fundamento a prevenção do superendividamento da pessoa física, promovendo o acesso ao crédito responsável e à educação financeira, com vistas a evitar a segregação social e o comprometimento do mínimo existencial, com base nos princípios da boa-fé, da função social do crédito ao consumidor e do respeito à dignidade da pessoa humana, sendo esse último considerado como valor "Supraconstitucional".

No que tange ao Projeto de Leis do Senado 281/2012, que visa o aperfeiçoamento da disciplina de ações coletivas, tal proposta tem como escopo, principalmente, estabelecer que tais ações sejam exercidas quando se tratar de interesses ou direitos individuais homogêneos, conquanto demandarem a apreciação em conjunto pela vantagem da tutela coletiva aos jurisdicionados.

Esse Projeto de Lei visa o melhoramento ao acesso do consumidor na tutela dos direitos metaindividuais, característica de uma sociedade de consumo em massa. No entanto, tal proposta tem como justificativa a tendência de se viabilizar a desjudicialização dos conflitos entre consumidor e fornecedor, com a utilização de outras vias e, também, relativo à instrumentalidade do processo, ao implementar formas consensuais de solução das controvérsias *sub judice*.

Noutro norte, ao se agregar valor à ação coletiva, as demandas individuais diminuirão consideravelmente, o que trará enormes benefícios a todos os envolvidos, além de propiciar agilidade na tramitação dos processos e prioridade no julgamento, conferindo às decisões eficácia em todo o país.

Sobre o tema, Benjamim, Marques e Bessa postulam que,

em síntese, a proteção dos direitos coletivos do consumidor se justifica pela configuração atual da sociedade, pela massificação do mercado de consumo, pela percepção de que há direitos que pertencem a toda a comunidade, pela necessidade de instituir instrumentos processuais eficazes em relação às lesões coletivas de direitos, evitando repetição de processos iguais e decisões contraditórias (2012, p. 457).

3 Considerações finais

Analisando a proteção do consumidor sob o enfoque constitucional e a luz dos princípios que o regem, vislumbra-se que o Código de Defesa do Consumidor é uma norma protetiva aos considerados "vulneráveis". Esse códex adota um sistema aberto de proteção, que possibilita ao intérprete uma exegese no sentido de buscar a melhor

solução ao caso concreto, com base nos vários princípios espalhados pelo Código de Defesa do Consumidor.

Dessa forma, qualquer que seja a alteração no Código de Defesa do Consumidor, o mesmo deverá ser adequado para melhor proteger os consumidores e o próprio mercado de consumo, respeitando a sua estrutura princípio lógica e a sua essência, evitando a formação de novos microssistemas que poderão colocar em risco os avanços alcançados nestes quase 24 anos de criação da Lei 8.078 de 11 de setembro de 1990.

Referências

ALEXY, Robert. *Conceito e validade do Direito*. Tradução Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. (Biblioteca Jurídica WMF).

AMARAL, Luiz Otávio de Oliveira. *Teoria Geral do Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; Bessa, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 4. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

CALIXTO, Marcelo Junqueira. A reforma do CDC no tocante ao consumidor superendividado: primeiras impressões. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v.22, n.87, maio-jun. 2013.

GARCIA, Leonardo de Medeiros. *Direito do Consumidor: código comentado, jurisprudência, doutrina, Decreto n.2.181.1.8a ed. rev. ampl. e atual. pela Lei n. 12.291.2010, pela MP n. 518.2010, que trata sobre o Cadastro Positivo, e pelas novas Súmulas do STF e do STJ*. Niterói: Impetus, 2012.

GRINOVER, Ada Pellegrini *et. al.* *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 10. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____; MIRAGEM, Bruno. Resenha: Anteprojetos de Lei de atualização do Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v.21, n.82, abr./jun. 2012.

MARTINS, Fernando Rodrigues. Constituição, direitos fundamentais e direitos básicos do consumidor. *In: MARTINS, Fernando Rodrigues; LOTUFO, Renan (Orgs.) 20 anos do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2011.

NALIN, Paulo; XAVIER, Marília Pedrosa. A efetividade do direito do consumidor como direito fundamental em 20 anos: problematizações a partir da Súmula 381 do STJ. *In*: MARTINS, Fernando Rodrigues; LOTUFO, Renan (Orgs.) *20 anos do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2011.

NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. *A proteção constitucional do consumidor*. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Atlas, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

Os diferentes aspectos sobre princípios e regras no ordenamento jurídico brasileiro

The different aspects of principles and rules in the Brazilian legal system

Tiago Nunes da Silva

Advogado; Pós-graduando em Direito Público.

E-mail: adv.tiagonunes@yahoo.com.br

Luiz Carlos Figueira de Melo

Professor da Universidade Federal de Uberlândia (UFU); Doutor pela UFMG.

E-mail: figueiramelo@uol.com.br

Resumo: A distinção entre princípios e regras apresenta-se como matéria da mais notável importância. Um ordenamento jurídico composto unicamente por princípios não seria capaz de produzir segurança, pelo fato de transportar elevada carga valorativa e abstrata. Também, reconhecer um sistema composto somente por regras ensejaria um sistema mais do que rígido, propiciando outro problema, o não acompanhamento das necessidades que surgem naturalmente inerentes à sociedade. Assim sendo, para viabilizar as duas previsões, se torna imperativo reconhecer que sobre toda regra sempre estará presente um princípio.

Palavras-chave: Princípios. Regras. Conflito.

Abstract: The distinction between principles and rules is presented as a matter of most remarkable importance. A legal system composed solely of principles would not be able to produce security, by the fact that it carries high evaluative and abstract load. Also, recognize a system composed entirely of rules would cause a system more than rigid, providing another problem, not the monitoring of the needs that arise naturally, inherent in society. Therefore, to enable the two predictions, it is imperative to recognize that for every rule, a principle will always be present.

Keywords: Principles. Rules. Conflict.

1 Introdução

O presente trabalho tem por objetivo realizar um breve estudo concernente à temática dos princípios e regras no ordenamento jurídico brasileiro.

Na primeira etapa, será feita breve análise histórica no que tange aos princípios e as suas consideráveis mudanças no processo evolutivo a partir das fases jusnaturalista, positivista e pós-positivista, bem como sua positivação na ordem Constitucional brasileira.

Na segunda, demonstrar-se-ão os princípios em sua concepção de explícitos e implícitos e o modo atual de sua aplicabilidade. Também será demonstrado o modo de se dirimir aparentes conflitos entre princípios, ressaltando-se, desde logo, que se reputa plenamente possível.

Na terceira e última, serão demonstradas as posições da doutrina a respeito da aplicabilidade das regras e o modo de se resolver o conflito entre elas. Ainda sobre as regras, partindo da premissa de que persiste divergência na doutrina mais notável acerca do assunto, será demonstrado o entendimento do Supremo Tribunal Federal concernente à aplicabilidade das regras.

Adota-se, neste trabalho, o método dedutivo com base em pesquisas bibliográficas.

O estudo que se desenvolverá a seguir pretende trazer contribuições valorosas para a ciência do Direito e, em especial, a melhor forma para a aplicação dos princípios e das regras se valendo do justo equilíbrio no caso concreto.

2 Noções gerais de princípios

Inicialmente, é importante registrar que não se tem a intenção de realizar uma análise de forma pormenorizada no que concerne aos conceitos e valores discutidos pela doutrina acerca de princípios, devido à percepção do elevado grau de aguçadas dissonâncias. Assim sendo, limitar-nos-emos a pinçar algumas considerações a respeito do alcance e aplicabilidade dos princípios no ordenamento jurídico.

Imperioso destacar, nesta quadra, que todo e qualquer conhecimento ainda que seja teórico ou prático deriva da existência de um princípio. Com base nessa constatação, note-se, portanto, que, em relação aos princípios, seria inegável afirmar que eles detêm valores normativos.

Os preceitos da Constituição da República em seu texto normativo valorou um conteúdo basicamente principiológico. Em face disso, os princípios são tidos como normas gerais e abstratas do ordenamento jurídico, sendo indispensáveis para o estudo e aplicação do Direito.

Para melhor compreendermos a concepção de princípios, a doutrina representada por Marcelo Harger (2001, p. 16) assim dispõe:

são normas positivadas ou implícitas no ordenamento jurídico, com um grau de generalidade e abstração elevada e que, em virtude disso, não possuem hipóteses de aplicação pré-determinadas, embora exerçam um papel de preponderância em relação às demais regras, que não podem contrariá-los, por serem as vigas mestras do ordenamento jurídico e representam os valores positivados fundamentais da sociedade.

Para esta corrente doutrinária, não há como dissociar que os princípios podem ser considerados como normas explícitas e implícitas no ordenamento jurídico, levando a crer que todos os princípios são dotados de eficácia, ainda que seja de eficácia programática.

Num aspecto, contudo, constata-se que os princípios possuem tanto função interpretativa como função integrativa, sendo de crucial importância a sua existência no sistema jurídico, atuando como normas centrais e conferindo unidade ao sistema. Assim sendo, é importante assinalar a lição de Luís Roberto Barroso (2006, p. 30):

na trajetória que os conduziu ao centro do sistema, os princípios tiveram de conquistar o *status* de norma jurídica, superando a crença de que teriam uma dimensão puramente axiológica, ética, sem eficácia jurídica ou aplicabilidade direta e imediata. A dogmática moderna avaliza o entendimento de que as normas em geral, e as normas constitucionais em particular, enquadram-se em duas grandes categorias diversas: os princípios e as regras.

Em razão da tamanha relevância dada aos princípios, atualmente, é impossível se conceber uma Constituição, norma maior de um Estado, sem princípios. Na Carta Maior, é que se delinea o núcleo principiológico básico que conferirá unidade ao sistema jurídico por inteiro.

Para bem se compreender a valoração dos princípios no ordenamento jurídico, há de se partir da observação de que, nos Estados contemporâneos, a lei é um ato de vontade emanado pelos cidadãos por meio dos órgãos aos quais é confiada a tarefa legislativa.

É de se anotar que a essência de um princípio no campo do Direito é fornecer uma diretiva jurídica para que se aplique corretamente a regra posta. De tal arte, é relevante observar que os princípios não são revestidos de normatividade própria, não sendo possível a sua aplicação imediata e autônoma.

Todavia, ainda sobre a aplicação imediata e autônoma de um princípio, é importante assinalar que não há condição, a título de exemplo, de o Poder Judiciário apreciar qualquer entrega de prestação jurisdicional invocada em juízo com sustentação única e simplesmente em um princípio. Nesse contexto, oportuna a percuciente advertência de Ruy Samuel Espíndola (1999, p. 64), se valendo das lições de Ronald Dworkin, que preceitua que “a norma é gênero, do qual princípio e regra são espécie”.

De acordo com a concepção clássica de Jorge Miranda (1990, p. 197-198), os princípios expressam importância significativa em seu desempenho e aplicabilidade, demonstrando sua potencialidade:

o Direito não é mero somatório de regras avulsas, produto de atos de vontade, ou mera concatenação de fórmulas verbais articuladas entre si, o Direito é ordenamento ou conjunto significativo e não conjunção resultante de vigência simultânea; é coerência ou, talvez mais rigorosamente, consistência; é unidade de sentido, é valor incorporado em regra. E esse ordenamento, esse conjunto, essa unidade, esse valor, projeta-se ou traduz-se em princípios, logicamente anteriores aos preceitos. Os princípios não se colocam, pois, além ou acima do Direito (ou do próprio Direito positivo); também eles - numa visão ampla, superadora de concepções positivas, literalistas e absolutizantes das fontes legais - fazem parte do complexo ordenamental. Não se contrapõem às normas, contrapõem-se tão somente aos preceitos; as normas jurídicas é que se dividem em normas-princípios e normas-disposições.

Segundo Norberto Bobbio (1999, p. 159), “a palavra princípios leva ao engano, tanto que é velha questão entre os juristas se os princípios gerais são normas. Para mim não há dúvida: os princípios gerais são normas como todas as outras”. Note-se que

Bobbio refere-se à relevância dos princípios gerais de direito como fator determinante da completude do ordenamento jurídico.

Nessa mesma linha raciocínio, Robert Alexy (2008, p. 87) lembra que

tanto regras quanto princípios são normas, porque ambos dizem o que deve ser. Ambos podem ser formulados por meio das expressões deônticas básicas do dever, da permissão e da proibição. Princípios são, tanto quanto as regras, razões para juízos concretos de dever-ser, ainda que de espécie muito diferente. A distinção entre regras e princípios é, portanto, uma distinção entre as duas espécies de normas.

É necessário deixar claro que tanto regras quanto princípios são normas, entretanto o principal traço distintivo no que tange à classificação de regras e princípios consubstancia-se na estrutura dos direitos que tais normas garantem.

Destarte, é o caso de mencionar que a diferença de estrutura decorre das distintas formas de aplicação das normas jurídicas: no caso das regras, a subsunção, ao passo que, no caso dos princípios deverá se prestigiar o método do sopesamento.

Princípios é, também, uma expressão que designa a espécie de norma jurídica, que não raras vezes possui conteúdo genérico, contrapondo-se às regras, que possuem normatividade clara e determinada.

De acordo com o que leciona Celso Antônio Bandeira de Mello (1999, p. 230),

princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.

Ressoa evidente a relevância dos princípios em um sistema jurídico constitucional, isso pelo fato de alguns princípios estarem consignados para sua aplicabilidade somente naquelas situações em que se deparar possível rachadura no alicerce da Lei Maior, causando insegurança jurídica e, conseqüentemente, descrédito.

À luz dessas considerações, é o caso de mencionar o princípio da isonomia, tido como pilar da sociedade democrática, anunciado pela Carta Magna, o qual tem a missão constitucional de disseminar as desigualdades a fim de valorar a proteção à dignidade humana.

Há que ressaltar, ainda, que Uadi Lammêgo Bulos (2008, p. 72) reconhece que

a ideia de princípio associa-se à de sistema. Desse modo, o princípio é o mandamento nuclear do sistema, espargindo sua força por todos os escaninhos da Constituição. Alicerce, pedra de toque, disposição fundamental, seja qual for o adjetivo que prefira usar, ele compõe o espírito da lógica e da racionalidade que preside o sistema jurídico positivo.

No que pertine aos princípios, a concepção de lógica e racionalidade, segundo Lammêgo Bulos (2008), traduz a ideia de segurança jurídica. Com isso, as normas

assumem, no sistema, um caráter instrumental na busca de determinados valores idealizados pela sociedade.

Por todos os conceitos expostos acerca de princípios, cumpre assinalar que, em razão das inúmeras especificidades que as proposições de cada um desses autores detêm, seria por demais explorar minuciosamente cada uma delas nessa sede.

2.1 Princípios nas fases jusnaturalista, positivista e pós-positivista

A fase jusnaturalista é permeada pelo viés metafísico jurídico de alta abstração.

Os princípios, na fase jusnaturalista, não eram contemplados na ordem jurídica. Havia existência do conhecimento dos princípios, porém plasmados em uma visão de mera ficção jurídica (nessa fase, assim eram vistos os princípios pelos indivíduos).

Com efeito, é importante registrar os ensinamentos de Paulo Bonavides (1997, p. 232):

a primeira - a mais antiga e tradicional - é a fase jusnaturalista; aqui, os princípios habitam ainda esfera por inteiro abstrata e sua normatividade, basicamente nula e duvidosa, contrasta com o reconhecimento de sua dimensão ético-valorativa de ideia que inspira os postulados de justiça.

Alocados no campo da abstratividade e da generalidade, os princípios, na fase jusnaturalista, ensejavam silentes dúvidas quanto à sua aplicabilidade. É de todo oportuno que se justifique que as dúvidas pairavam de modo contínuo, pelo fato dos princípios não possuírem a ideia de normatividade, e sim uma visão meramente abstrata tornando impossível a sua aplicação como norma.

Importante assinalar, nesse contexto, que os princípios não tinham força normativa em decorrência da falta de posituação. Outrossim, a falta de posituação transpunha ao entendimento de que os princípios eram tidos como filosóficos, lastreados em ideais de justiça que emanavam da lei divina e humana.

Como resultado, diante da não integralização e/ou recepção dos princípios na era do direito natural, continuou-se a ter os princípios somente como meros idealizadores de justiça, não sendo aplicáveis para o preenchimento de lacunas em virtude da falta de posituação.

Além disso, não havia como conciliar, no ordenamento jurídico, um comando normativo que tinha como esteio a idealização de justiça, o que restaria frustrado pela falta de posituação, ensejando insuficiência de aplicabilidade no caso concreto.

Perquirindo-se a origem histórica dos princípios, na fase do positivismo, diferentemente da fase jusnaturalista, os princípios paulatinamente foram entranhados nos Códigos, sendo divorciados daquela visão idealizadora, começando a ser visto como fonte normativa no ordenamento jurídico.

Demais disso, uma característica que inovou os princípios na era positivista foi o seu reconhecimento como fonte de eficácia, com escopo de suprir a omissão normativa. Nesse tempo, já não se justificava sustentar que os princípios continuassem estribados no direito natural ou ideal, mas, ao revés, os princípios no positivismo passaram a derivar das próprias leis.

Vê-se, pois, que na fase do positivismo os princípios foram recepcionados com uma nova roupagem, não centrados em ideais de justiça, e tampouco tidos com base na discricionariedade subjetiva do intérprete, assim como outrora eram tidos na fase jusnaturalista, quando ensejavam tamanho descrédito.

Nesse contexto, vislumbrou-se a plenitude dos princípios, elevando-os ao ápice do edifício jurídico, valorando sua força axiológica já convertida em cunho normativo, chegando até a alcançar *status* constitucional nas últimas décadas do século XX.

Cumprir destacar que os princípios, nessa fase, foram reconhecidos como instrumentos aptos a dirimir as controvérsias, passando a ser aplicados nos casos de lacuna. Após o reconhecimento dos princípios, a doutrina à época foi despertada para tecer suas conclusões acerca da efetividade dos princípios.

De tal modo, observe-se que os princípios, no pós-positivismo, passaram por grande metamorfose, ou seja, houve uma transformação na concepção em relação aos princípios. Isso porque outrora eram vistos isoladamente como fatores preponderantes, lastreados em ideais de justiça e fundados em uma ideologia filosófica, ao passo que, nessa fase, houve uma ruptura daquele paradigma, passando, os princípios, a serem vistos como fonte normativa.

Entretanto, não há como negar que, a partir dessa nova concepção acerca dos princípios, eles foram recepcionados, reconhecendo-se a possibilidade no sentido de que tanto um princípio quanto uma regra positivamente estabelecida poderiam ser capazes de impor uma obrigação a ser cumprida.

2.2 Princípios como diretrizes para soluções interpretativas

Os princípios tornaram-se, nas últimas décadas, temas centrais do pensamento constitucional. Por outro lado, não é razoável explorar a trajetória dos princípios do ponto de vista da concepção clássica à concepção contemporânea traçada pela doutrina brasileira, o que logo causaria enfado.

Para bem compreender a recepção e eficácia dos princípios no ordenamento jurídico brasileiro, colhe-se, por pertinente, a teoria apresentada pelo doutrinador Humberto Ávila.

A propósito, Humberto Ávila é autor da obra "*Teoria dos Princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*", a qual confirma o tratamento devido aos princípios constitucionais em termos de observância com valor normativo.

Cumprir anotar que, em relação à eficácia dos princípios sob a ótica constitucional, Ávila apresenta sua tese com uma abordagem enfática e pormenorizada do conteúdo e aplicabilidade dos princípios.

A despeito da tese inaugurada por Ávila, por questão de didática ela não será abordada em toda a sua integralidade, mas tão somente no que concerne ao conteúdo e aplicação dos princípios, valendo-se destacar dois pontos: a eficácia interna direta e a eficácia interna indireta.

A despeito da eficácia interna direta, Humberto Ávila (2012, p. 105) preceitua que,

no plano da eficácia direta, os princípios exercem uma função integrativa, na medida em que justificam agregar elementos não previstos em subprincípios ou regras. Mesmo que um elemento inerente ao fim que deve ser buscado não esteja previsto, ainda sim o princípio irá garanti-lo. Por exemplo, se não há regra expressa que oportunize a defesa ou a abertura de prazo para manifestação da parte no processo - mas elas são necessárias -, elas deverão ser garantidas com base direta no princípio do devido processo legal.

É fácil perceber que, no plano da eficácia direta, os princípios alcançaram status de atuação direta de forma independente. Ou seja, mesmo que a regra não clarifique a situação, no caso concreto da manifestação da parte no processo, se dará por conta do princípio do devido processo legal.

Em relação, à eficácia interna indireta, Humberto Ávila dispõe que “a eficácia indireta traduz-se na atuação com intermediação ou interposição de um outro (sub-) princípio ou regra. No plano da eficácia indireta, os princípios exercem várias funções”. Segundo Ávila, são funções dos princípios a “função definitória”, a “função interpretativa”, a “função bloqueadora” e a “função rearticuladora”.

Ressoa evidente que os princípios apontam as finalidades a serem buscadas. Lado outro, importa salientar que os princípios necessitam da complementação de outros princípios no processo de aplicação. Um bom exemplo seria destacar o princípio da segurança jurídica, que deve ser invocado assim que houver a ruptura do princípio da boa-fé.

José Afonso da Silva (1982, p. 70) contribui, também, no esclarecimento dos princípios constitucionais, defendendo que “todo princípio inserto numa Constituição rígida adquire dimensão jurídica, mesmo aqueles de caráter mais acentuadamente ideológico-programático”.

Assim, já à época de seus estudos, José Afonso afirmava que a doutrina orientava o reconhecimento da eficácia plena e da aplicação imediata à maioria das normas constitucionais que possuíam caráter sócio-ideológico, as quais, até então, eram consideradas meramente como princípios programáticos, acrescentando, ainda, que qualquer norma que integrasse uma Constituição teria obrigatoriamente natureza jurídica, não se admitindo o contrário.

Desse modo, os princípios, no direito constitucional, passaram a ser tidos como enunciados lógicos, servindo de vetores para soluções interpretativas. Assim, no momento em que examinados com visão de conjunto, os princípios alcançaram a pertinência necessária para conferir coerência geral ao sistema, exercendo função dinamizadora e prospectiva, refletindo a sua força sobre as normas constitucionais.

Os princípios foram, então, valorizados pelo constituinte, sendo recepcionados como vetores para soluções interpretativas das normas constitucionais. Exemplos disso são as diretrizes consagradas no bojo do art. 1º da Constituição de 1988, quais sejam a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho, a livre iniciativa e o pluralismo jurídico.

Outros exemplos podem ser listados, como o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional (art. 5º, XXXV), o princípio da legalidade administrativa (art. 37,

caput), o princípio da ocupação de cargo através de concurso público (art. 37, II), dentre outros.

Nesse prisma, a essência de um princípio, no campo do Direito, é fornecer uma diretiva jurídica para que se aplique corretamente a norma positivada. Em consequência, ele não possui uma normatividade própria que implique em se tornar possível a sua aplicação imediata e autônoma.

Por derradeiro, conclui-se que não há condição, por exemplo, de se receber o pedido de qualquer entrega de prestação jurisdicional invocada em juízo com sustentação, simplesmente, em um princípio. Com efeito, resta frisar que há de se indicar a norma positiva que clarifique e delimite a pretensão, tornando concreta a atuação jurisdicional estatal.

3 Princípios implícitos e explícitos

Cumprir advertir que não é tarefa fácil tecer sobre princípios. Isso pelo fato de os princípios estarem delineados em uma situação de abstração. Nesse sentido, convém lembrar que existem princípios que estão descritos de forma explícita no ordenamento jurídico brasileiro. A título de exemplo, é o que exprime o art. 5º, XXXV, da Carta Magna, ao determinar que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

A amplitude desse princípio, também denominado de “princípio da inafastabilidade do controle judiciário”, implica em se considerar a existência de meios processuais que protejam o cidadão contra todos os atos do poder público, quer atos da Administração, do Legislativo ou do Judiciário. Para se tornar efetivo esse princípio, deve o ordenamento jurídico assegurar meios de assistência judiciária aos necessitados quando se tornar necessária a imposição de respeito aos direitos fundamentais.

Consagra-se, outrossim, a esse modelo de princípio explícito os princípios que derivam de entendimento por parte da doutrina e da jurisprudência, ou seja, que não são vislumbrados no ordenamento jurídico. São os chamados “princípios implícitos”, como é o caso do princípio da proporcionalidade, dentre outros.

O princípio da proporcionalidade não é vislumbrado de forma explícita no ordenamento jurídico brasileiro. No entanto, não há dúvidas de sua elevadíssima importância como elemento crucial para o melhor direcionamento na construção de futuras decisões por parte da Administração Pública e do Poder Judiciário.

Para melhor compreensão dos exemplos de princípios implícitos, convém destacar o princípio da supremacia da Constituição, o qual é tido como “pedra angular da Constituição da República”. Nesse diapasão, adverte Pinto Ferreira (1983, p. 90) que

o princípio da supremacia constitucional é reputado como pedra angular, em que assenta o edifício do moderno direito público. De efeito, as regras constitucionais são dotadas de superioridade profunda com relação às demais normas jurídicas. Essa hierarquia se justifica, a fim de se melhor manter a estabilidade social do grupo, estabelecendo-se um sistema de preceitos básicos a que se submete a conduta coletiva.

Os princípios independem de configurar-se de forma implícita ou explícita para sua efetividade. Sobre isso, convém, aliás, notar que sua força normativa deve ser declarada na situação em que for invocado, para meio de resolução e/ou como direcionador para a decisão no caso concreto.

Os princípios implícitos são tidos como genéricos porque comportam uma série indefinida de aplicação, ou seja, não há determinabilidade de forma clara e objetiva, concentrando-se na melhor medida, sopesando-se os fatos para a devida aplicabilidade.

3.1 Da aplicabilidade dos princípios

Bom exemplo no que concerne à aplicabilidade dos princípios está alocado no art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, que assim preceitua: "quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito".

É de todo oportuno destacar que os princípios não estão revestidos de um caráter normativo pleno, ou seja, de forma direta e autônoma, devendo, pois, acautelarse, sempre condicionado a lembrar de que não é fator determinante de decisão antes de analisar o fato e a regra, e sim um transporte de cláusulas de reservas, passando a intermediar para suplantar eventuais apresentações opostas de regras.

Assim sendo, embora não se pretenda aqui aprofundar o ponto, cumpre destacar que não há nenhuma razão e argumento *a priori* capaz de impedir que se chegue à conclusão de que os princípios podem claramente dispor de eficácia jurídica.

3.2 Colisão entre princípios

Nos casos de colisão, a aplicação de um princípio não leva necessariamente à perda de validade do princípio contraditório. Outrossim, frente à existência de princípios opostos, deve se furtrar do meio utilizado por via das regras, valorando, ademais, a dimensão dos valores discutidos em apreço, não afastando um em detrimento de outro.

4 Conceito de regras

No tocante às regras, De Plácido e Silva (2008, p. 1.190) ensinaram que, "por esta razão, regra exprime a pauta que deve ser seguida na execução dos atos ou servem para traçar a linha indicativa da ordem ou do modo de proceder." Assim, se entende que as regras são editadas tão somente para serem aplicadas a situações jurídicas determinadas.

Veja-se que o grau de determinabilidade demonstra a força da norma, devendo-se buscar a subsunção do fato à regra. É oportuno destacar que não se deve buscar a subsunção, de plano, da regra ao fato, mas ao revés.

Mas afinal, qual o verdadeiro sentido da regra imposta no ordenamento jurídico? Vê-se, assim, o que logo leva-nos a saber que as regras têm como preceito

fundamental a proposta de dirimir conflitos de interesses já existentes e/ou conflitos futuros.

4.1 O modo de se aplicar as regras segundo Ronald Dworkin e Robert Alexy

Em uma análise crítica, Humberto Ávila, na referida obra citada (2012, p. 48), buscou como coluna de base para sua pesquisa acerca de normas, regras e princípios autores como Dworkin e Alexy. Seguindo essa trilha, Humberto Ávila destaca o entendimento de Dworkin de que as regras são aplicadas de modo “tudo ou nada”.

Noutro ponto, Humberto Ávila (2012, p. 48) destaca o posicionamento de Alexy, que advoga com toda veemência na defesa de que “as regras não podem e nem devem ser ponderadas”.

Segundo Robert Alexy (2008, p. 92), as regras instituem obrigações definitivas e, uma vez constatadas regras contrapostas, o critério a ser invocado será a invalidação de uma delas, como se vê:

não importa a forma como sejam fundamentados, não é possível que dois juízos concretos de dever-ser contraditórios entre si sejam válidos. Em um determinado caso, se se constata a aplicabilidade de duas regras com conseqüências jurídicas concretas contraditórias entre si, e essa contradição não pode ser eliminada por meio da introdução da cláusula de exceção, então, pelo menos uma das regras deve ser declarada inválida.

A doutrina não é unânime quanto à mais adequada forma de aplicabilidade das regras, contudo elas não podem ser tidas com rigor excessivo, do tipo “tudo ou nada”, mas ao revés, é razoável que no ato de sua efetividade se busque uma visão mais atualizada.

Noutras palavras, o fato é que há casos em que mesmo valorando a regra descrita, esta carece ser vista e aplicada sob a ótica de ponderabilidade, ainda mais quando não detectado relevante prejuízo moral, social ou econômico. Logo, as regras devem ser ponderadas.

Um bom exemplo citado por Humberto Ávila de que as regras podem ser ponderadas foi o caso levado ao Supremo Tribunal Federal de uma prefeita que contratou um gari sem observância do requisito prescrito no inciso II, do art. 37 da Constituição da República de 1988, segundo o qual, para ser investido em cargo ou emprego público mister se faz a prévia aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos, de modo que a contratação feita sem esse requisito deverá ser declarada inválida, sem prejuízo do ingresso de ação penal cabível contra o responsável pela contratação.

Não obstante a norma sobredita, o Pretório Excelso deixou de dar seguimento à ação cabível em que a prefeita era denunciada por ato de improbidade administrativa, tendo em vista o fim a que a norma constitucional se destina e a capacidade do ato ímprobo de comprometer o erário público.

O Supremo, no caso em apreço, ponderando a norma constitucional e o princípio da razoabilidade, concluiu afastando a incidência daquela, por atentar contra

a ordem natural das coisas, ao exigir realização de concurso público com o fulcro de se contratar uma única pessoa para o exercício de uma função de menor hierarquia (STF, 2ª Turma, HC 77.003-4-PE, rel. Min. Marco Aurélio, j. 16.6.1998).

Convém lembrar, nesse passo, que não é razoável perdurar no entendimento, ao ponto de afirmar que as regras estão enraizadas na aplicabilidade do modo “*tudo ou nada*” e/ou que “*não devem ser ponderadas*”. Vale dizer que tal entendimento seria demasiadamente embrionário, ensejando uma concepção formalista lastreada de excesso rigoroso do valor normativo descrito pela regra.

Não obstante balizadas opiniões terem sustentado de que a regra deve ter aplicabilidade do modo “*tudo ou nada*”, defendido por Dworkin, e da impossibilidade de ponderação das regras, conforme a teoria de Alexy, nada impede que se imagine que as regras podem e devem ser ponderadas, isto é, desvencilhadas do rigor legalista, conforme demonstrado por Humberto Ávila.

4.2 Conflito entre regras

Da análise do conteúdo e da potencialidade das regras, por ora cumpre consignar sobre a probabilidade de eventual colisão entre a mesma regra. Na lição de Humberto Ávila (2102, p. 30), o modo de se dirimir tal colisão deve ser da seguinte forma:

quando duas regras colidem, uma das duas é inválida, ou deve ser aberta uma exceção a uma delas para superar o conflito. Quando dois princípios colidem, os dois ultrapassam mantendo sua validade, devendo o aplicador decidir qual deles possui maior peso.

Humberto Ávila propõe a ruptura do paradigma da forma de se dirimir a colisão entre regras, indagando da seguinte forma: “será mesmo que as regras não podem ser objetos de ponderação?”, tudo isso da forma mais direta possível e mediante a apresentação de exemplos no curso da argumentação, o que urge em dizer que não seria prudente adentrar nessa seara, pois logo trilharia outro caminho diferente do tema proposto.

Desse modo, é relevante lembrar que, em se tratando de regras, é possível prever aparente conflito, ou seja, de antinomia, e que, no caso concreto, o mecanismo a ser utilizado será a invalidação de uma delas, ao passo que flagrante situação em relação a princípios será dirimida pelo critério da ponderação, por força da pertinência significativa do fundamento axiológico, sopesando-se valores normativos para melhor aplicabilidade no caso concreto.

5 Conclusão

Em relação aos princípios, é importante assinalar que não eram tidos como instrumento normativo em decorrência da falta de positivação. Outrossim, a falta de positivação transpunha ao entendimento de que os princípios eram tidos como filosóficos, lastreados em ideais de justiça que emanavam da lei divina e humana.

Logo, é cabível assegurar, conforme evolução histórica, que os princípios alcançaram elevado grau de normatividade no ordenamento jurídico brasileiro, por exemplo, a principiologia consignada no art. 37 da Constituição da República que determinou a observância do Poder Público em sua atuação sempre com vistas àqueles princípios contidos no referido dispositivo.

Ademais, havendo conflito entre princípios, a aplicação de um princípio não leva necessariamente à perda de validade do princípio contraditório. O princípio eventualmente não aplicado jamais perderá sua validade. De modo contrário, quando instaurado conflito entre regras, ainda permanece divergência pela doutrina mais notável.

A despeito das regras, conforme se verificou, a doutrina de Robert Alexy tem defendido que "as regras não podem e nem devem ser ponderadas". Diferentemente, a doutrina de Ronald Dworkin tem se firmado no entendimento de que "as regras são aplicadas de modo 'tudo ou nada'".

No entanto, conforme bem relatado por Humberto Ávila, o Supremo Tribunal Federal tem se inclinado ao entendimento de que as regras podem ser ponderadas (STF, 2ª Turma, HC 77.003-4-PE, rel. Min. Marco Aurélio, j. 16.6.1998), afastando a tese proposta defendida por Alexy e Dworkin.

Ademais disso, veja-se que o ordenamento jurídico brasileiro adotou o paradigma delineado por valores, ou seja, princípios, e pela conduta, que logo se extrai a noção de regra.

Feitos esses esclarecimentos, pode-se perceber que já não persistem mais dúvidas em relação à harmonização dos princípios e das regras no ordenamento jurídico brasileiro, se tornado compatíveis com a natureza democrática da ordem jurídica brasileira.

Referências

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

BARROSO, Luís Roberto. *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1999.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal anotada*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DE PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário Jurídico*. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

FERREIRA, Pinto. *Princípios gerais do Direito Constitucional Moderno*. São Paulo: Saraiva, 1983.

HARGER, Marcelo. *Princípios constitucionais do processo administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 4.ed. Coimbra: Coimbra, 1990.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 2.ed. São Paulo: RT, 1982.

Princípio da solidariedade e princípio da igualdade na defesa do consumidor

Principles of Solidarity and Equality Aimed at Consumer Protection

Naiara Cardoso Gomide da Costa Alamy

Professora do Centro Universitário de Patos de Minas (UNIPAM).

E-mail: malamy@bol.com.br

Resumo: A proteção ao consumidor emana da Constituição Federal e caracteriza-se como direito fundamental. A elevação do consumidor como sujeito de direito legalmente protegido decorre da aplicação do princípio da igualdade que permite a discriminação desde que respeitados seus contornos. Apesar da concretização legal, a dificuldade de concretização da igualdade encontra obstáculos na questão da efetividade dos direitos fundamentais. Daí a necessidade da releitura do princípio da igualdade em harmonia com o princípio da solidariedade.

Palavras-chave: Direito do Consumidor. Consumidor. Hipossuficiente. Princípio da Igualdade. Princípio da Solidariedade. Direitos Fundamentais.

Abstract: Consumer protection emanates from the Federal Constitution and is characterized as a fundamental right. The consumer's elevation as a person legally protected originates from the enforcement of the Principle of Equality which permits distinction among individuals, since respected its extent. Although the Principle of Equality is predicted by law, its solidification finds obstacles when related to the effectiveness of Fundamental Rights. Hence, the need of a better understanding of this principle in harmony with the Principle of Solidarity so we could reach a democratic state.

Keywords: Consumer's rights. Consumer. Financially disadvantage. Principle of Equality. Principle of Solidarity. Fundamental rights.

1 Considerações iniciais

A proteção que o ordenamento infraconstitucional garante ao consumidor tem origem constitucional e se reveste da qualidade de direito fundamental. Sendo assim, a ordem consumerista tem *status* de cláusula pétreia e todas as pessoas quando consumidoras recebem esse amparo.

Outra proteção trazida pela Constituição Federal é a previsão da defesa do consumidor como princípio da ordem econômica. Nesse contexto, essa proteção se dá em face das regras de mercado que prevalecem em uma sociedade massificada, globalizada e informatizada.

Esse novo modelo de sociedade pede uma nova interpretação do direito do consumidor como veículo legal apto para a proteção do consumidor que teve seus hábitos radicalmente modificados.

Tem-se, então, que o Direito do Consumidor, abordado sob um viés de direito privado solidário, preocupado com as diferenças entre as pessoas na comunidade, procura materializar no tratamento dado aos hipossuficientes o reconhecimento do direito fundamental à igualdade nas relações de consumo. Essa busca só será realmente possível de se efetivar com a releitura do princípio da solidariedade para assegurar a mudança de paradigma na universalização de direitos.

Sob essa perspectiva é que se pretende discutir de que maneira o direito do consumidor pode concretizar sua proteção através da interpretação do princípio da solidariedade, com o objetivo de assegurar a igualdade material. É a proposta deste trabalho, com a finalidade de contribuir modestamente para o estudo do tema.

2 Direito do Consumidor

2.1 Consumidor

O direito do consumidor no Brasil, a exemplo do direito comparado, nasce da complexidade das relações de mercado.

As leis de mercado, que regem as relações econômicas, perdem de vista a dimensão do ser humano e o engloba na sua dinâmica. Ou seja, equipara as pessoas às regras mercadológicas para encontrar equilíbrio econômico.

Com o objetivo de proteger os direitos fundamentais da pessoa humana, surgiu este sujeito de direitos – consumidor – que, hoje, em nosso país, tem sua proteção garantida constitucionalmente.

O Direito do Consumidor tem suas origens definidas na Constituição Federal de 1988. Especificamente, tal proteção está prevista no artigo 5º e carrega em si a proteção de cláusula pétrea.

O inciso XXXII do citado artigo 5º da Constituição Federal, o artigo 170 e o artigo 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias trazem, respectivamente, o direito fundamental a uma proteção efetiva do consumidor, o princípio da defesa do consumidor na ordem econômica e o comando para a elaboração de um código que concretizasse os mandamentos constitucionais.

Mas somente em 1990 o legislador infraconstitucional materializa a ordem da Carta Maior, estabelecendo uma legislação infraconstitucional voltada à concretização desse direito.

A marca distintiva do consumidor é sua patente vulnerabilidade quando inserido na relação de consumo. Essa característica decorre do texto da lei que não deixa dúvidas quanto à necessidade de observância de várias medidas protetivas em face deste sujeito de direitos.

Considera a Lei nº 8.078/90, o Código de Defesa do Consumidor, que caracteriza a relação de consumo, se estabelece uma relação de desigualdade, ou seja, de um lado o fornecedor – detentor da técnica, do capital, dos meios de produção – e de outro o consumidor – sujeito vulnerável.

O consumidor, independentemente de suas qualidades pessoais (escolaridade, sexo, nível social, idade, etc.), sempre estará protegido pelo ordenamento jurídico,

porque a vulnerabilidade como princípio do sistema consumerista marca o desequilíbrio da relação de consumo.

Dessa forma, percebe-se que a proteção do consumidor decorre de sua natureza de direito fundamental.

2.1.1 Teorias maximalista, finalista e do finalismo aprofundado

O Código de Defesa do Consumidor veio disciplinando a matéria e trouxe como conceito de consumidor aquele que adquire produtos ou serviços como destinatário final. Trouxe, também, como conceito, a possibilidade de equiparação à condição de consumidor e, também, a consideração da coletividade como sujeito na relação de consumo. Nessa última situação, percebe-se claramente a preocupação com as relações consumeristas, notadamente pela abrangência do conceito que permite uma atuação ampla pelos legitimados na defesa dos interesses coletivos deste sujeito específico de direitos.

Vê-se, então, pela leitura do artigo 2º do Código de Defesa do Consumidor, que a única característica que restringe o conceito de consumidor está na expressão “destinatário final”.

Num primeiro momento, duas teorias surgiram para explicar o alcance e conceito de consumidor.

A primeira delas, denominada teoria maximalista ou objetiva, interpreta a expressão destinatário final de forma ampla, ou seja, é consumidor qualquer pessoa física ou jurídica que retire o bem do mercado e o utilize terminando, assim, a relação de consumo. Os que defendem essa teoria sustentam que o CDC é diploma legal que tutela a sociedade de consumo e deve ser aplicado o mais extensamente possível.

Já a segunda, teoria finalista, defende um conceito mais restrito de consumidor, pois o objetivo do código é tutelar o sujeito vulnerável. Nesse sentido, é necessário que o consumidor não apenas retire o bem do mercado de consumo, mas que o utilize. Isso significa que ele, consumidor, não irá revender ou transformar o bem que adquiriu, ao contrário, irá consumi-lo.

Hoje, de forma majoritária, o Superior Tribunal de Justiça entende que o conceito de consumidor deve ser entendido e aplicado sob o viés da teoria finalista, pois permite uma melhor aplicação da noção de vulnerabilidade.

Considerando esta evolução na aplicação do conceito de consumidor, o Superior Tribunal de Justiça vem reconhecendo, em sua jurisprudência, um desdobramento da teoria finalista, identificada como finalismo aprofundado, em que se analisa a vulnerabilidade sob o aspecto fático, jurídico, técnico e informacional, pois, em sede de defesa do consumidor, o conceito chave é a vulnerabilidade.

Sob essa nova perspectiva, o que se ressalta é a análise do grau da vulnerabilidade do consumidor, sendo possível reconhecer o agravamento dessa característica, que é o que se passa a discorrer a seguir.

2.2 Consumidor hipossuficiente

Conforme afirmado anteriormente, a vulnerabilidade integra o conceito de consumidor. Isso significa que, configurada a relação de consumo, o lado “frágil” da relação será o consumidor, ou seja, o ordenamento jurídico, se afrontado, responde com regras que *a priori* defenderão o consumidor.

Mas existem grupos de consumidores que, por suas qualidades particulares, demandam uma maior proteção legal. Esses são os chamados consumidores hipossuficientes. Podem-se citar, como exemplo, os desfavorecidos economicamente, os idosos, as crianças, os jovens, os portadores de necessidades especiais, os doentes, entre outros.

Consumidor hipossuficiente é aquele que apresenta uma vulnerabilidade tão aguda que não tem condições de defesa nas relações de consumo. Ou seja, a vulnerabilidade verificada no caso concreto é alinhada à vulnerabilidade de fato, que é justamente a hipossuficiência, sendo essa manifestada no campo processual.

É interessante notar que dentro desse grupo protegido legalmente – consumidores – a doutrina elenca certas categorias específicas de consumidores que apresentam características próprias.

Esses grupos específicos são denominados hipossuficientes e podem ser identificados como aqueles consumidores ignorantes e de pouco conhecimento, de idade pequena ou avançada, de saúde frágil, bem como aqueles cuja posição social não lhes permite avaliar com adequação o produto ou serviço que estão adquirindo (BENJAMIN, 2012, p.272-273).

Tal característica deriva de condição peculiar da pessoa envolvida, pois o objetivo é proteger direitos fundamentais, à luz do princípio da igualdade. Dessa forma, o legislador edita microssistemas próprios, a fim de conferir tratamento distinto e proteção especial a outros sujeitos de direito em situação de hipossuficiência.

Por exemplo, uma criança quando atingida por uma publicidade enganosa não possui a mesma condição de se defender intelectualmente e emocionalmente do que um adulto. Esse é o sentido do conceito e da proteção específica aos sujeitos hipossuficientes. No mesmo sentido, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

O envio de cartão de crédito não solicitado, conduta considerada pelo Código de Defesa do Consumidor como prática abusiva (art. 39, III), adicionado aos incômodos decorrentes das providências notoriamente dificultosas para o cancelamento do cartão causa dano moral ao consumidor, mormente em se tratando de pessoa de idade avançada, próxima dos cem anos de idade à época dos fatos, circunstância que agrava o sofrimento moral (REsp. 1061500-RS, rel. Min. Sidnei Beneti, j.04.11.2008)

Assim, o microssistema estabelecido pelo Código de Defesa do Consumidor traz na sua essência uma visão diferenciada entre as partes contratantes, privilegiando o consumidor que, como já ressaltado, pode se revestir de características próprias, se tornando hipossuficiente.

A motivação de proteger os hipossuficientes nasce da dinâmica do mercado de consumo que é regido por leis da economia. O mercado não pode ser totalmente livre. Ele deve ser influenciado por valores que assegurem que um dos contratantes, no caso os consumidores, não sejam esmagados por outro, no caso os fornecedores.

Daí a necessidade da legislação ser interpretada com base nos direitos de primeira e segunda dimensão, considerando a igualdade material sob uma perspectiva atualizada da solidariedade que é expoente dos direitos de terceira dimensão.

2.3 Mercado de consumo

Sem adentrar especificamente nos fatos históricos, pode-se afirmar que o mercado de consumo veio se firmando a partir das três revoluções industriais. Grandes descobertas e avanços na área tecnológica aliados à produção em massa de inúmeros tipos de produtos levaram à explosão de uma nova realidade.

Essa nova realidade basicamente se caracteriza pela necessidade do ter, priorizando a transitoriedade, novidade e inutilidade – questões marcantes do consumismo – em contraponto com a durabilidade, permanência e utilidade, características até então sustentadas, anteriormente, pelos detentores da força industrial.

Atualmente, a massificação da produção e distribuição dos bens do mercado de consumo influenciam as regras da economia e são causas que pedem a intervenção do ordenamento jurídico para proteger o consumidor.

A venda em larga escala, como o objetivo a ser perseguido pelo mercado, gerada pela globalização, fez surgir um movimento de revitalização dos direitos fundamentais em que se considera a existência de um novo direito privado pautado pela solidariedade.

3 Direitos Fundamentais

3.1 Teoria geral dos direitos fundamentais

A questão dos direitos fundamentais é amplamente difundida na doutrina. Historicamente, desde as primeiras cartas de direitos, a exemplo da Declaração dos Direitos do Homem de 1789 e das Declarações de Direitos do povo da Virgínia de 1776, o reconhecimento e a luta por sua implementação, até hoje, não perderam seu tom de atualidade, principalmente se considerarmos a exclusão social que marca a sociedade consumista e globalizada que cada vez mais se fortifica e se enraíza a frente.

No que se refere ao objeto deste estudo, é importante a consciência da incidência dos direitos fundamentais no contexto das relações de consumo, pois esses são além de dever do Estado, responsabilidade de toda a sociedade.

Os direitos fundamentais são construídos e conquistados de acordo com o desenvolvimento da história, sendo influenciados por fatores sociais, culturais e políticos que se alteram dependendo da época e local de sua manifestação.

Nesse sentido, Sarlet ensina que quase não há Estados em que não se reconheça a existência dos direitos fundamentais, e assevera que os Estados Democráticos fatalmente os elencarão entre suas bases (2010, p. 45).

No Brasil, após a promulgação da Constituição Federal de 1988, teve-se o reconhecimento de amplo leque de direitos fundamentais.

Sem adentrar de forma pormenorizada na questão da posituação desses direitos, é importante frisar que os direitos fundamentais comportam dimensões que foram se estabelecendo conforme o desenvolvimento da sociedade e sua complexização. Dessa forma, podem ser classificados em direitos fundamentais de primeira, segunda e terceira dimensão.

Os direitos de primeira dimensão, resumidamente, podem ser classificados como os direitos à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade, sendo apresentados como direitos de cunho “negativo” (SARLET, 2010, p.47).

São os direitos que expressam as liberdades clássicas do ser humano e se caracterizam por impedir que o Estado, em suas ações, prejudique o indivíduo.

Os direitos de segunda geração, associados à ideia de justiça social, estão intimamente ligados ao princípio da igualdade, do qual não podem se separar, pois fazê-lo equivaleria a desmembrá-lo da razão de ser que os ampara e estimula (BONAVIDES, 2010, p.564).

Esses direitos buscam demonstrar a injustiça social e visam assegurar os direitos àqueles que não os tem, visando diminuir a distância entre os detentores de direitos e aqueles em situação de exclusão.

Traduzem os direitos de terceira geração à proteção de grupos humanos, ou seja, sua característica predominante reside em sua titularidade coletiva ou difusa e são denominados de direitos de solidariedade ou fraternidade (SARLET, 2010, p. 48).

Nascem os direitos fundamentais de terceira geração, conforme ensinado por Paulo Bonavides, da consciência da divisão do mundo entre países desenvolvidos e países em desenvolvimento. Continua o eminente mestre que a fraternidade representa esses direitos fundamentais, conforme Karel Vasak. Mas ressalta o fato da expressão escolhida para representar os direitos de terceira dimensão por Etirne – R Mbaya, ao invés de fraternidade, é solidariedade (2010, p. 569-570).

A importância das gerações ou dimensões dos direitos reside no fato de que, notadamente, os direitos de primeira e segunda geração estão sendo revitalizados, ou seja, revestidos de importância e atualidade (SARLET, 2010, p. 53).

E, dessa revitalização, ocasionada pela complexidade social, impulsiona uma maior relação entre a igualdade e a solidariedade.

3.2 Posituação dos direitos fundamentais: regras e princípios

Na esteira do pensamento de Robert Alexy, as normas constituem gênero da qual são espécies as regras e os princípios. Diferenciam-se pelo o grau de generalidade e por sua qualificação, entendida, essa última, como norma que busca o nível mais próximo possível de satisfação (BONAVIDES, 2010, p.271-272).

Assim, pode-se afirmar que, nas regras, o grau de generalidade é mais baixo que nos princípios, pois as primeiras se destinam à situações concretas enquanto esses últimos à situações abstratas.

No que se refere à qualificação, essa requer que o princípio, quando aplicado, possa gerar seu máximo efeito, ou seja, que atue como mandamento de otimização. Isso significa que sua aplicação será relativa, ou seja, busca a máxima satisfação possível na situação concreta.

A distinção entre princípios e regras pode ser analisada no plano dos conflitos. Quando há a colisão entre duas regras, tal conflito se resolverá conforme os critérios tradicionais de antinomias (hierarquia, cronológico e especialidade). Já a colisão entre princípios, não produzirá um efeito de exclusão, mas sim a verificação de qual prevalecerá no caso concreto, ou seja, haverá a aplicação do critério de ponderação (LORENZETTI, 2010, p.210).

3.3 Valor e princípio

Os princípios são aplicados, dessa forma, em sua máxima medida possível, pois sempre haverá um princípio a ele contraposto. Assim, o critério de ponderação será utilizado em casos de colisão entre princípios, e esse conflito não acontece no plano da validade, mas no plano do peso, isto é, do valor. A questão que se coloca é justamente a relação entre a teoria dos princípios e a teoria dos valores (BONAVIDES, 2010, p. 280).

A relação entre princípios e valores é muito estreita no sentido de que quando um princípio é gradualmente cumprido e aplicado, conseqüentemente o valor também é aplicado. Mas é possível apontar uma diferença entre eles. Reside tal diferença no caráter deontológico dos princípios, ou seja, o dever ser. Já os valores, consideram o que é melhor e aí mora o caráter axiológico dos valores (ALEXY, 2008, p.138-174).

Nesse sentido, tanto a distinção entre valores e princípios quanto sua relação são relevantes, porque, no ordenamento jurídico, os valores podem cumprir a função de serem conteúdos dos princípios. E a existência do pluralismo de valores que decorre hoje da sociedade multicultural e complexa dos dias atuais pede uma análise em que se reconheça a interconexão entre o que deve ser e o que é melhor.

4 Princípio Constitucional da Igualdade

O princípio da igualdade reconhecido expressamente pelo art. 5º da Constituição Federal traz em sua essência a garantia de não discriminação entre os iguais e a possibilidade de discriminação entre os desiguais. Tal conceito remonta a Aristóteles.

Assim, a igualdade determina que a lei trate a todos de maneira idêntica, observadas suas diferenças.

O problema que se coloca à sua aplicação é o justo estabelecimento da abrangência da discriminação, ou seja, é necessário que o critério de discriminação seja identificado e que esteja em conformidade com o objetivo perseguido pela norma.

É interessante notar que tal princípio se faz presente e se aplica em sede de direito do consumidor, exteriorizando seu viés discriminatório. Isso se dá em face do

consumidor vulnerável que nada mais é que o reconhecimento pela norma jurídica de um sujeito que deve ser protegido nas relações econômicas.

Nesse sentido, a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello:

O princípio da igualdade interdita tratamento desuniforme às pessoas. Sem embargo, consoante se observou, o próprio da lei, sua função precípua, reside exata e precisamente em dispensar tratamentos desiguais. Isto é, as normas legais nada mais fazem que discriminar situações, à moda que as pessoas compreendidas em umas vêm a ser colhidas por regimes diferentes. Donde, a algumas são deferidos determinados direitos e obrigações que não assistem a outras, por abrangidas em diversa categoria, regulada por diferente plexo de obrigações e direitos (2003, p.12).

Assim, é possível a existência de normas que disponham tratamentos normativos diferenciados compatíveis com a Constituição, quando verificada a existência de uma finalidade razoavelmente proporcional ao fim visado (BANDEIRA DE MELLO *apud* MORAES, 2008, p. 37).

É importante notar que em face do princípio da dignidade da pessoa humana o princípio da igualdade ganhou novos contornos. Esse avanço jurídico decorre da unidade da interpretação constitucional que não pode se furtar ao entendimento que o Texto Maior é um conjunto de normas harmônicas e interconectadas entre si. É essa nova realidade que possibilita a ligação entre princípio da igualdade e princípio da solidariedade nas relações de consumo.

4.1 Igualdade formal e igualdade material

A igualdade entendida como direito de primeira dimensão liga-se ao conceito de liberdade, pois reflete a ideologia iluminista e jusnaturalista dos séculos XVII e XVIII que marcou tais direitos. Reconhece-se, então, um conceito no plano político de igualdade formal em que esta é conceituada como aquela, em que todos são iguais perante a lei. Fica estabelecida, nesse período, a característica de direitos de cunho negativo, porque veda ao Estado limitar esses direitos ao particular.

A igualdade formal passa a ser, então, reconhecida nos ordenamentos jurídicos dos estados que se consideram democráticos. A Constituição Federal traz, expressamente, em seu artigo 5º, que todos são iguais perante a lei sem distinção de qualquer natureza, outorgando à igualdade *status* de norma jurídica constitucional.

Mas apenas essa previsão não seria suficiente para garantir que a igualdade fosse de fato efetivada, pois a desigualdade, principalmente a econômica, não pode ser superada pelo simples fato da lei ordenar que todos sejam iguais.

Surge, então, nova visão dos direitos exteriorizados na segunda dimensão, que procura, no que se refere à igualdade, atribuir-lhe um sentido que extrapole os limites formais e busque efetivamente a igualdade real, ou seja, a igualdade material que atribui ao Estado um papel ativo na realização desse princípio. Visa à igualdade material a efetiva realização da justiça social (SARLET, 2010, p.47).

4.2 Igualdade e pluralismo

As diferentes interpretações de sentido por qual passou e ainda passa o princípio da igualdade se devem ao fato da complexidade da vida social que gera, como uma de suas consequências, a pluralidade de grupos no meio social.

Nesse sentido, temos que o estabelecimento de regras uniformes destinadas a pessoas cada vez mais diferentes entre si torna-se um fator que modifica a aplicação do princípio da igualdade.

É necessário, nos dias atuais, entender e reconhecer a ampliação dos detentores dos direitos individuais, neles incluída a igualdade. Antes, predominava a restrição de renda, sexo e instrução, para que se pudessem deter direitos. Hoje, a titularização dos direitos se tornou universal, incluindo as mais diversas maneiras de se expressar, contrapondo-se à visão anteriormente marcada pela discriminação entre pessoas.

Nesse sentido, vale citar a decisão do Supremo Tribunal Federal, com destaque dos pontos inerentes ao presente estudo. A decisão trata da busca pela aplicação efetiva do princípio da igualdade, considerando justamente a diferença que existe entre as pessoas numa sociedade multicultural:

...existe uma violação arbitrária da igualdade jurídica quando a disciplina jurídica não se basear num: (i) fundamento sério; (ii) não tiver um sentido legítimo; (iii) estabelecer diferenciação jurídica sem um fundamento razoável." (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Almedina, 7 ed., 2003. p. 428). Aqui se impõe uma postura de autocontenção do Judiciário (judicial self-restraint), na feliz expressão de Cass Sunstein (One Case At A Time. *Judicial Minimalism On The Supreme Court*. Cambridge: Harvard University Press. 1999), sob pena de indevida incursão na atividade legislativa. Nesse ponto, é essencial invocar as ponderações de Robert Alexy, quando enfrentou idêntico problema no ordenamento alemão: "Saber o que é uma razão suficiente para a permissibilidade ou a obrigatoriedade de uma discriminação não é algo que o enunciado da igualdade, enquanto tal, pode responder. Para tanto são exigíveis outras considerações, também elas valorativas. E é exatamente a esse ponto que são direcionadas as críticas fundamentais acerca da vinculação do legislador ao enunciado geral da igualdade. Essas críticas sugerem que uma tal vinculação faria com que o Tribunal Constitucional Federal pudesse impor sua concepção acerca de uma legislação correta, razoável e justa no lugar da concepção do legislador, o que implicaria um 'deslocamento de competências sistemicamente inconstitucional em favor do Judiciário e às custas do legislador'. Essa objeção, que, no fundo, sugere que o Tribunal Constitucional Federal se transformaria em uma corte de justiça com competências ilimitadas que decidiria sobre questões de justiça, pode, no entanto, ser refutada. (...) Se há casos nos quais estejam presentes razões suficientes para a admissibilidade mas não para a obrigatoriedade de um tratamento desigual, então, há também casos nos quais o enunciado geral da igualdade não exige nem um tratamento igual, nem um tratamento desigual, mas permite tanto um quanto o outro. Isso significa que ao legislador é conferida uma discricionariedade. (...) Nesse sentido, não se pode argumentar que a vinculação do legislador ao enunciado da igualdade faz com que ao Tribunal Constitucional Federal seja conferida uma competência para substituir livremente as valorações do legislador

pelas suas próprias. É possível apenas argumentar que o enunciado geral de liberdade confere ao tribunal determinadas competências para definir os limites das competências do legislador.” (ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 411-413).(STF ADC 19/DF, rel. Min. Marco Aurélio, 9..2.2012).

4.3 Igualdade e solidariedade

A igualdade entendida como direito fundamental que atende a interesses de toda a coletividade, nesse sentido, passa a se relacionar intimamente com o princípio da solidariedade.

A solidariedade, marca dos direitos de terceira dimensão, traz um novo enfrentamento à questão da interpretação da igualdade, pois já não é suficiente apenas o reconhecimento da igualdade formal, nem uma atuação garantista do Estado para materialização da igualdade. Faz-se necessária uma atuação social fraterna entre os membros da coletividade, com o objetivo de assegurar a justiça.

Por isso, a importância desta revitalização dos direitos de primeira e segunda dimensão sob o impacto dos direitos de solidariedade decorrente da terceira dimensão de direitos.

5 Princípio Constitucional da Solidariedade

O reconhecimento do princípio da solidariedade, expresso no art. 3º, I da Constituição Federal, trouxe uma nova maneira para a interpretação do ordenamento jurídico. Isso decorre do fato que tal princípio é objetivo fundamental da República Federativa do Brasil.

A solidariedade, então, surge como expressão de direito fundamental que visa concretizar ações que visem reduzir tais desigualdades. Essas ações, uma vez exteriorizadas, revestem-se de características solidárias.

Nessa esteira de pensamento, Daniel Sarmiento ensina sobre o princípio da solidariedade:

é possível afirmar que quando a Constituição estabelece como um dos objetivos fundamentais da República brasileira “*construir uma sociedade justa, livre e solidária*”, ela não está apenas enunciando uma diretriz política desvestida de qualquer eficácia normativa. Pelo contrário, ela expressa um princípio jurídico, que, apesar da sua abertura e indeterminação semântica, é dotado de algum grau de eficácia imediata e que pode atuar, no mínimo, como vetor interpretativo como um todo (2010, p. 295).

A solidariedade constitui um dos valores mais caros no que se refere à conquista de direitos fundamentais, pois, conforme já afirmado anteriormente, tanto a liberdade quanto a igualdade só podem ser efetivadas sob uma nova ótica que, indiscutivelmente, deve perpassar por uma interpretação marcada por ideais solidários.

Mas antes é preciso romper com o entendimento ordinário que se tem sobre o conceito de solidariedade. Esse entendimento, que não é rejeitado, mas precisa ser complementado com sua roupagem de norma fundamental constitucional, decorre da prática social e coletiva da sociedade que entende a solidariedade apenas sob seu aspecto beneficente.

A nova ordem constitucional não admite mais a limitação de interpretação na aplicação do princípio da solidariedade, sendo necessário que se atente para as novas exigências sociais. Ou seja, a solidariedade não conflita com a liberdade ou com a igualdade, mas rearticula esses valores fundamentais sobre bases mais humanas e menos abstratas, trazendo novos contornos a sua aplicação (SARMENTO, 2010, p.35).

Assim, é importante destacar que não cabe à lei obrigar que as pessoas sejam solidárias, pois isso seria um disparate. Mas quanto ao aspecto jurídico da solidariedade, é plenamente possível que a lei determine condutas a serem seguidas, como a proteção extra dada ao consumidor hipossuficiente no regramento do Código de Defesa do Consumidor.

5.1 O Princípio da Solidariedade aplicado às relações de consumo

Caracteriza-se a relação de consumo como aquela em que há a presença de seus elementos quais sejam consumidor, fornecedor, produto ou serviço. Na ausência de qualquer deles, a relação não se concretiza.

A relação de consumo, *prima facie*, é uma relação privada em que a lei, para proteger um sujeito de direito específico, caracterizou as normas consumeristas como normas de ordem pública, sujeitando os envolvidos à sua necessária observância.

Dessa forma, nota-se a interferência estatal, manifestada através da lei, num espaço antes reservado, apenas aos indivíduos. Ou seja, limita-se a autonomia privada, nesse caso empresarial, com o objetivo de se alcançar uma sociedade mais solidária.

Conforme Sarmento, tais limitações devem ser concretizadas apenas se forem medidas razoáveis e os contornos e limites devem ser cuidadosamente estabelecidos, para que não haja comprometimentos da liberdade dos agentes privados, pois são calcados na dignidade da pessoa humana e na democracia (2010, p.297).

Tal entendimento também é partilhado por Moraes, quando assevera que a questão não é resolvida priorizando apenas a solidariedade em detrimento da liberdade individual, ao contrário, o que se busca atingir é a ponderação entre os dois valores.

Cabe, ainda, na mesma esteira de pensamento, ressaltar a lição de Benjamin et al, que afirma que a solidariedade, com o objetivo de alcançar a igualdade como ideal do justo, deve ser aplicada ao mercado com o objetivo de assegurar direitos imperativos – indisponíveis por vontade das partes, direitos de ordem pública – aos mais fracos (2012, p. 40).

5.2 Direito do Consumidor como direito privado solidário

A expressão “direito privado solidário” surge na doutrina alemã e significa que o direito privado deve ser entendido e interpretado sob as orientações estabelecidas

pela Constituição Federal. Isso significa que o direito privado, antes marcado pelo total arbítrio das partes, hoje, deve ser temperado pelas regras constitucionais impostas.

As regras civis sempre tiveram grande prestígio social, pois são um direito muito mais antigo que o constitucional. Ou seja, a Constituição antes era lida conforme os ditames do Direito Civil, hoje as regras de direito privado devem ser interpretadas de acordo com o estabelecido constitucionalmente (LÔBO, 1999, p.7).

A conquista e evolução dos direitos fundamentais são os principais fatores que começam a modificar o panorama da hegemonia do Direito Civil. Num primeiro momento, ficou garantida a liberdade e igualdade dos indivíduos perante a lei sob seu viés formal. Não sendo suficiente tal caracterização para solucionar as graves diferenças ocasionadas por essa interpretação, passa-se a um segundo momento, em que se procura realmente efetivar essa liberdade e igualdade, ou seja, busca-se um novo entendimento com vistas a se alcançar justiça social.

Nesse sentido, o Direito do Consumidor foi eleito à categoria de direito fundamental, com o objetivo de assegurar aos indivíduos uma verdadeira igualdade. Como já afirmado anteriormente, o reconhecimento constitucional do direito do consumidor é dado por normas constitucionais que retiraram a regulamentação da matéria do espaço civil para um ramo autônomo, com o objetivo de facilitar sua aplicação e reconhecer sua natureza solidária.

Por isso, a interpretação do direito do consumidor, sempre realizada a partir da leitura da Constituição, não poder ser realizada sem a conjunção dos princípios e valores constitucionais que norteiam o Estado brasileiro.

Mesmo que a expressão Direito Privado Solidário seja utópica, em face da realidade social vivida no Brasil, ela já traz em sua essência a pretensão de modificar a aplicação das normas sobre a matéria, pois “simboliza uma perspectiva mais solidária, social e fraterna do direito privado nacional” (BENJAMIN, 2012, p. 36).

5.3 Solidariedade, igualdade e consumidor hipossuficiente

Por todo exposto até o momento, a relação entre igualdade, solidariedade e consumidor decorre da lógica constitucional e da relação entre os conceitos dos institutos anteriormente apresentados.

O consumidor hipossuficiente é a categoria que precisa da mais proteção na ordem consumerista, em vista de suas peculiaridades. O ordenamento jurídico é harmônico com essa ideia quando prevê expressamente sua existência e proteção. A doutrina também perfilha a mesma ideia quando estuda, interpreta e admite que a igualdade é princípio que só se concretiza quando aplicado materialmente.

Por isso, à lei é lícito discriminar. A efetivação da igualdade no Código de Defesa do Consumidor é exemplo claro da aplicação da discriminação como elemento assegurador da igualdade material. Não seria possível, notadamente em face das regras de mercado, garantir a proteção do consumidor como direito fundamental se não fosse aplicado um fator de discriminação para possibilitar a um sujeito de direitos específicos o exercício desse mesmo direito.

O consumidor hipossuficiente depende desta leitura sistemática entre igualdade e solidariedade para concretizar seu lugar no ordenamento jurídico. Nem mesmo a

garantia conferida ao consumidor (legalmente vulnerável) seria suficiente para protegê-lo se não houvesse esta consciência de aplicação dos valores maiores da igualdade e solidariedade.

A solidariedade, nesse sentido, é entendida como o princípio fundamental que carrega em si o valor de estar centrada no meio, ou seja, situa-se entre o egoísmo e o altruísmo, com o interesse voltado para a sociedade (HÖFFE *apud* MARQUES, 2012, p. 34).

Nada mais justo do que garantir a quem mais precisa uma ordenação legal que vincula Estado e particular, com o objetivo de se alcançar a concretização da igualdade material. A solidariedade deixa de ser apenas norma de observância beneficente e passa a ser visualizada como norma obrigatória de conduta, pois constitui um dos objetivos fundamentais da República brasileira.

Esse reconhecimento não implica o fim das atividades do mercado nem a imposição de obrigações aos particulares como substitutos à atuação estatal. Ao contrário, reforça o sentimento de vida coletiva que a modernidade nos legou. A complexidade e pluralidade nos torna, juntamente com o Estado, responsáveis pela construção de uma sociedade solidária. E é, nesse contexto, que cabe a atuação positiva do Estado – como Estado solidário – e a atuação positiva do particular em conformidade com o mandamento do Princípio da solidariedade.

Moraes, nesse sentido, ensina que

não se quer exigir que alguém sinta algo de bom pelo outro; apenas que se comporte como se o sentisse. Um único exemplo será o bastante para demonstrar que não há dificuldades sem se exigir, não apenas do Poder Público, mas também dos particulares, o dever de respeito e solidariedade para com os outros. O patrão que dava ao seu empregado favorito, além do salário, uma quantia a mais às vésperas das festas natalinas foi, durante, algum tempo, julgado bondoso, generoso, solidário. O legislador, entendendo que não devia ir contra este comportamento voluntário, e que devia estendê-lo a todos os empregados, estabeleceu a ‘obrigação de ser solidário’ aos empregadores, por ocasião do natal, determinando o pagamento do 13º salário (2003, p.69).

O Código de Defesa do Consumidor é, então, motivado pelos ideais de igualdade e solidariedade que têm como figura central o consumidor, aquele sujeito de direito fundamental constitucional assegurado pelo art. 5º inciso XXXII da Constituição Federal, que tem sua lógica solidária confirmada quando o consumidor hipossuficiente é protegido não apenas legalmente, mas, também, solidariamente. Nesse aspecto, é que se pode falar em especialização do princípio do fundamental da solidariedade.

A solidariedade, entendida como princípio fundamental, é concretização da ideia de que na sociedade pluralística em que se vive só será possível efetivar a harmonia social se sua concretização for observada para a realização da igualdade material.

A solidariedade funciona como princípio limitador da autonomia individual, pois se volta exclusivamente para a vida em comunidade. Mas isso não significa que a autonomia privada é desprezada pelo ordenamento jurídico, ao contrário, ainda

continua sendo a força propulsora da realização dos negócios jurídicos. O “querer” dos indivíduos constitui a base de nossas relações de direito privado.

O que se coloca é influência dos valores e princípios constitucionais decididos por esses mesmos sujeitos que movem as relações privadas. Principalmente, da aplicação da solidariedade como vetor constitucional capaz de elevar a igualdade de sua condição formal para sua condição material.

6 Conclusão

Quando se fala em direitos fundamentais, qualquer que seja sua essência, é difícil encontrar um caminho que se considere que uma solução final foi encontrada pelo simples fato de que a sociedade é marcada pela existência de diversos grupos sociais e pela velocidade de mudança que esses mesmo grupos sofrem. Assim, o conteúdo dos direitos fundamentais vai se atualizando para atender a diversidade social.

É nesse sentido que se discutiu a aplicação da solidariedade e da igualdade ao reconhecimento de direitos ao consumidor hipossuficiente. A figura do consumidor é uma figura nova no ordenamento jurídico brasileiro. Sua posição de sujeito vulnerável em relação ao fornecedor decorre justamente da aplicação do princípio da igualdade, entendida como direito fundamental e aplicada como manifestação de seu viés material, o que é imprescindível na sociedade atual.

Mas apenas a atuação estatal, elevando o consumidor à qualidade de sujeito vulnerável e possibilitando sua proteção no âmbito das relações privadas, não alcança os objetivos de uma sociedade pautada por valores sociais e pluralísticos. Conforme demonstrado nas reflexões apresentadas, a igualdade material, para se concretizar efetivamente, deverá ser lida e interpretada por meio da solidariedade.

O entendimento do princípio da solidariedade como orientação benéfica, nesse sentido, deve ser superado e visto como ditame constitucional, como preceito de realização de justiça social.

A essência da solidariedade entendida dessa forma possibilita a existência de um direito privado solidário que encaminha a harmonização de toda a ordem do consumo e que tem por fim maior a eficácia dos direitos fundamentais.

Referências

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. Ed. atual. 11 tiragem. São Paulo: Malheiros, 2003.

BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 4 ed. Ver., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

BRASIL, Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 1988.

BRASIL. Lei nº8078, de 11 de setembro de 1990. *Institui o Código de Defesa do Consumidor*. Diário Oficial, Brasília, DF, 1990.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 25. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*. 5 ed. Coimbra: Almedina, 1991.

FINK, Daniel *et al.* *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2011.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Constitucionalização do Direito Civil*. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto507>. Acesso em 15 de abr. 2014.

LORENZETTI, Ricardo Luís. *Teoria da Decisão Judicial*. 2 ed. rev. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2010.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O novo regime das relações contratuais*. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 23 ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MORAES, Maria Celina Bodim de. *Danos à pessoa humana: Uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MORAES, Maria Celina Bodim de. *O princípio da solidariedade*. Disponível em: <<http://www.idcivil.com.br./pdf/biblioteca9.pdf>>. Acesso em 15 abr. 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

Uma abordagem teórica sobre a origem, as fontes e os princípios do Direito Administrativo

Theoretical approach on the origin, sources and principles of Administrative Law

Fernando Martins Fonseca

Servidor do Tribunal de Justiça de Minas Gerais – TJMG; graduado em Direito pelo Centro Universitário de Patos de Minas (2007); pós-graduado em Direito Constitucional pela Universidade Estácio de Sá – RJ, em Direito Penal e Direito Processual Penal pela Universidade Gama Filho – RJ, em Direito Civil e Direito Processual Civil do Uniasselvi/Verbo Jurídico em Porto Alegre/RS, e Direito Administrativo da Universidade Cândido Mendes – UCAM/RJ.

E-mail: fernandojurista@hotmail.com

Resumo: O presente estudo tem por objetivo analisar origem, fontes e princípios do Direito Administrativo, destacando a importância que esse conjunto harmônico de princípios representa na sociedade. Procura-se responder por que diante de tantas transformações, principalmente com o advento da Constituição de 1988 e de uma evolução histórica, o Direito Administrativo mantém ainda intrínscico em sua dogmática administrativa este caráter de desigualdade e autoridade, característico de seu nascimento no Antigo Regime. Analisam-se as crises de paradigmas inerentes ao Direito Administrativo. Pretende-se, com isso, aprimorar os estudos sobre o tema e promover uma reflexão, de modo que as pessoas compreendam as mudanças que a Constituição de 1988 trouxe para o Direito Administrativo.

Palavras-chave: Evolução. Constituição. Sociedade.

Abstract: The present study aims to analyze the origin, sources and principles of Administrative Law, highlighting the importance of this set of harmonic principles to society. It seeks to answer why with so many changes, especially with the advent of the 1988 Constitution and the historical evolution, the Administrative Law still maintains intrinsic, in its administrative dogmatic, this character of inequality and authority, characteristic of its birth in the Old Regime. The origin and evolution of administrative law are analyzed, its sources, and consequently their paradigms crises. It is intended, with this paper, to enhance studies on the topic and promote reflection, so that people understand the changes that the Constitution of 1988 brought to the Administrative Law.

Keywords: Evolution. Constitution. Society.

1 Introdução

O Direito Administrativo brasileiro representa, na contemporaneidade, grande importância, tendo em vista que ele faz parte de um sub-ramo do Direito público interno que tem, entre outras funções, o papel de disciplinar as relações jurídicas predominantes na administração pública.

Ao debruçar em um estudo sobre o Direito Administrativo desde o seu nascimento com o Estado de Direito até a nossa contemporaneidade, é possível perceber o quanto seu conteúdo foi ampliado. Essa ampliação foi possível graças ao

advento da Constituição de 1988, que propiciou muitas mudanças no campo do Direito Administrativo, encontrando respaldo, também, nas Constituições Estaduais que muito contribuíram.

Convém salientar que essas mudanças ocorreram mediante as funções assumidas pelo Estado e, principalmente, devido às constantes necessidades coletivas da sociedade no que tange ao seu aspecto econômico e social.

Segundo o autor Gustavo Binenbojm (2008, p. 02), embora o Direito Administrativo tenha passado por várias modificações, essas não foram suficientes para alterar a sua estrutura, que sempre foi “pautada em premissas teóricas comprometidas com a preservação do princípio da autoridade e não com a promoção de conquistas liberais e democráticas do cidadão”.

Nesse sentido, nota-se que o Direito Administrativo experimentou, ao longo de sua caminhada histórica, um processo de descolamento do Direito Constitucional, já que desde a sua origem o mesmo foi marcado por ideias de desigualdade, autoridade e, principalmente, por instrumentos de controle progressivo dos cidadãos.

Embora a Constituição de 1988 tenha trazido muitos princípios inovadores que buscam refletir o espírito democrático do indivíduo, há, ainda na atualidade, muitos resquícios da estrutura autoritária e desigual presente no campo do Direito Administrativo.

Como aponta a autora Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2013, p. 17), não é fácil discorrer sobre o Direito Administrativo, tendo em vista que o mesmo é novo e nós estamos, ainda, em fase de aprendizado, de interpretação e de assimilação de novos conceitos, o que requer um tempo para conseguir compreendê-lo.

Diante do exposto, é perceptível a importância deste estudo, tendo em vista que o campo do Direito Administrativo é novo, daí a necessidade de compreendê-lo em suas especificidades, principalmente porque as suas fontes continuam sendo esquecidas e maltratadas pelos nossos doutrinadores.

Tem-se como objetivo geral, neste estudo, analisar a origem e a evolução do Direito Administrativo, as suas fontes e, conseqüentemente, as suas crises de paradigmas, buscando responder por que diante de tantas transformações, principalmente com o advento da Constituição de 1988 e de uma evolução histórica, o Direito Administrativo mantém ainda intrínscico em sua dogmática administrativa este caráter de desigualdade e autoridade, característico de seu nascimento no Antigo Regime.

2 Um olhar sobre a origem, as fontes e os princípios do Direito Administrativo

2.1 A Origem do Direito Administrativo

Discorrer sobre a origem do Direito Administrativo não é uma tarefa fácil, haja vista que o seu surgimento se deu na França, no fim do século XVIII e início do século XIX, estando diretamente ligado às revoluções liberais que ocorriam nestes séculos.

Embora essas revoluções e o próprio movimento iluminista tenham influenciado na formação do pensamento e das concepções do Direito Administrativo, as expressões desse ramo já existiam. Por essa razão, faz-se necessário iniciar este

artigo fazendo uma historicização da origem e fontes do princípio do Direito Administrativo, bem como destacando a importância que esse conjunto de normas e princípios representa na contemporaneidade.

Segundo a autora Pietro (2002), a formação do Direito Administrativo teve início juntamente com o Direito Constitucional e demais ramos do Direito Público, fato que ocorreu já no período do Estado Moderno, em que o conceito de Estado de Direito ganhou força e começou a se desenvolver.

Por sua vez, isso só foi possível pelo fato do Estado de Direito estar pautado no “princípio da legalidade”, que fazia com que até mesmo os governantes se submetessem à Lei, ou seja, à Constituição, e também pelo “princípio da separação de poderes”, que tinha como objetivo principal garantir a preservação e a segurança dos direitos individuais, não só em questão de relações particulares, mas entre essas e o Estado também (PIETRO, 2002)

Nessa perspectiva, pode-se afirmar, na atualidade, que o Direito Administrativo nasceu das revoluções liberais, que surgiram com o propósito de derrubar o velho regime absolutista que vinha desde o período da Idade Média, quando o Rei colocava o seu poder acima do “bem e do mal”, criando a sua Lei e impondo a sua autoridade acima da Constituição. Como afirma a autora Pietro,

na Idade Média não houve ambiente propício para o desenvolvimento do direito administrativo, porque era a época das monarquias absolutas, em que todo poder pertencia ao soberano; a sua vontade era a lei, a que obedeciam todos os cidadãos, justificadamente chamados *servos* ou *vassalos*. A vontade do monarca era a lei. (2002, p. 1)

É importante destacar que o Direito Administrativo constituiu a disciplina própria do Estado Moderno, tendo em vista que foi nesse período histórico que se começou a pensar nas normas delimitadoras da organização do Estado-poder, em que se buscou estabelecer as balizas prerrogativas dos governantes, bem como as suas relações que até então existiam com os seus governados.

Como aponta a autora Pietro (2002), o Direito Administrativo só se efetivou como disciplina autônoma quando se prescreveu o processo jurídico para atuação do Estado-poder. Isso ocorreu por meio de uma série de programas que vieram com o intuito de contribuir na realização das suas funções.

Sendo assim, é preciso esclarecer na presente pesquisa que, quando se afirma que o Direito Administrativo surgiu na França, é em decorrência da criação da jurisdição administrativa e da jurisdição comum. Foi por meio da jurisdição administrativa e de seu órgão de cúpula que se originaram as regras e princípios que norteiam hoje o nosso sistema de Direito Administrativo, tendo em vista que as suas fontes são ricas e contribuem muito na formação das normas constitucionais estabelecidas na nossa sociedade. Como afirma Pietro,

pode-se afirmar que o direito administrativo teve origem na França, em decorrência da criação da jurisdição administrativa (o sistema do contencioso administrativo), ao lado da jurisdição comum. Foi pela elaboração pretoriana dos órgãos de jurisdição administrativa, em especial de seu órgão de cúpula, o

Conselho de Estado, que se desenvolveram inúmeros princípios informativos do direito administrativo, incorporados ao regime jurídico de inúmeros outros países. (PIETRO, 2002)

Convém, ainda, ressaltar que a origem do Direito Administrativo pode estar atrelada também ao fato da necessidade de suprir as lacunas existentes no sistema de legislação, tendo em vista que o Direito Administrativo enquanto disciplina se formou direcionando-se basicamente para Administração pública e não para a privada, pautando em uma série de conceitos como serviço público, autoridade, especialidade de jurisdição, etc. (PIETRO, 2002).

Desse modo, trazer à tona uma discussão sobre a origem e as fontes do princípio do Direito Administrativo requer retroceder para um período histórico em que o Direito Administrativo ainda não existia, exceto como vimos até o momento, como um conjunto de normas que eram frequentemente aplicadas na Administração pública, porém não era sistematizado como um ramo autônomo.

No período colonial, quando o Brasil se tornou colônia de Portugal, o sistema jurídico de Leis existentes era o das “Ordenações Afonsinas”, que é considerado, atualmente, o primeiro dentre os três corpos de Leis elaborados entre o século XV e XVII pelos Reis de Portugal.

As Ordenações Afonsinas e a aplicabilidade de suas Leis vigoraram até 1511, quando foram substituídas, então, pelas “Ordenações Manuelinas”, que criaram cinco livros regulamentando os direitos e deveres gerais na sociedade, bem como a forma de aplicabilidade da Lei.

Embora essas Leis tivessem sido criadas para serem aplicadas no Brasil, na prática, o que realmente prevalecia, quando se tratava de aplicar uma Lei, era o uso de costumes, tendo em vista que esse era um elemento cultural importante nas tomadas de decisões.

Segundo a autora Virginia Maria Almoedo de Assis (2001, p. 45), a formação de um aparelho administrativo no Brasil pela Coroa Portuguesa tem início com o processo de criação e estabelecimento das Capitânicas Hereditárias, episódio no qual a Coroa Portuguesa busca ocupar, transformar e explorar a terra conquistada, pautando essa exploração sob o sistema jurídico de divisão de terras do Tratado de Tordesilhas.

Nessa ótica, a autora destaca que a rede de alianças, no Brasil Colonial, formada por clero, por colonos e por Coroa foi importante. Tendo em vista essa relação, proporcionou a formação de uma organização eclesial, em que a Igreja funcionava como uma estrutura administrativa e jurídica, estando, desse modo, a serviço do Estado.

Em se tratando da Legislação e dos Direitos Administrativos, no período colonial, se aplicavam no Brasil diversos tipos de atos normativos que eram feitos sob a forma de ofícios, alvarás, cartas régias etc., que provinham sempre do Monarca que representava o poder absoluto na sociedade.

O segundo tipo de uma organização e de um princípio de Direito Administrativo no Brasil foi quando se criou o cargo de Governo Geral. Essa mudança foi significativa para a elaboração e formação do atual princípio de Direito Administrativo, pois se passou de um sistema de Capitânicas para uma unidade

administrativa, o que veio muito a contribuir para disciplinar as normas e regimentos dos atuais princípios de Direito.

Nesse sentido, cabe destacar que, embora o Direito Administrativo não existisse de fato como um ramo autônomo, a necessidade de administrar sempre permeou o imaginário da existência coletiva. Por essa razão deve-se aos tempos modernos apenas a classificação das Leis administrativas, mas a sua normatização e regulação ocorreu na contemporaneidade.

A autora Pietro (2002, p. 07-08) afirma que o ato de administrar faz parte realmente de uma condição ampla da existência coletiva. Uma evidência a esse respeito seria o fato de, na época do Brasil Império, já existir uma consciência de que o Direito Administrativo era totalmente distinto do Direito Civil.

No entanto, como afirma a autora, era uma consciência que não possuía uma amplitude que se tem hoje, tendo em vista que o Direito Administrativo era visto como um complexo de Leis que havia sido criado para regulamentar a conduta do indivíduo e estabelecer as diretrizes básicas na sociedade.

É importante salientar que foi no período do Brasil Império que se criou de fato a cadeira de Direito Administrativo nos cursos jurídicos. Esse fato, atrelado aos diversos trabalhos de doutrinadores, contribuiu satisfatoriamente para desenvolver o Direito Administrativo que tanto contribui no direcionamento e ordenamento jurídico de nossas Leis.

Tais interferências podem ser encontradas na obra de Uruguay, o qual afirma que

o Direito Administrativo no Império é toda a construção da Jurisprudência administrativa feita pelo Conselho de Estado em suas diversas fases, é toda a legislação sobre terras, especialmente sobre terrenos de marinha e terras devolutas, é a legislação de águas, de minas, é a legislação sobre concessões ferroviárias e de portos, com traços marcantes e bem definidos, é o regime de garantias de juros, base do nosso desenvolvimento na origem da construção do nosso sistema de estradas de ferro e navegação, etc. É todo o debate em torno do contencioso administrativo, da competência dos tribunais administrativos e judiciais. É, ainda, a construção doutrinária, feita pelos professores e pelos tratadistas, Ribas, Pereira do Rêgo, etc. (1960, p. 35).

Em se tratando do período Republicano, nota-se que, após a sua instauração, o poder moderador e a jurisdição Administrativa foram suprimidos pelo fato de ter sido abandonada a grande influência francesa da dualidade de jurisdição. Após esse abandono, a jurisdição começa a se espelhar no modelo anglo-americano, sofrendo, desse modo, uma grande carga de influência que se encontra atualmente de certo modo intrínseca no ordenamento jurídico de nossas Leis.

Por sua vez, a influência anglo-americana na jurisdição contribuiu satisfatoriamente para que a jurisprudência ocupasse um papel de destaque no processo de criação do Direito. Nesse viés, Pietro que ressalta que

pode-se afirmar que o direito administrativo brasileiro sofreu, nessa fase, influência do direito norte-americano, no que diz respeito ao sistema de unidade

de jurisdição e à necessidade de submissão da Administração Pública ao controle pelo Poder Judiciário. Mas, no que diz respeito às teorias e aos princípios, ficou evidente que a influência predominante continuava sendo a do direito francês criado pela jurisdição administrativa que, aos poucos, pela decisão de casos concretos, foi derogando o direito privado antes aplicado à Administração e criando regime jurídico próprio que acabou por dar autonomia ao direito administrativo. Nisto afastou-se do sistema da *common law*, que repudiava a existência de um regime jurídico especial para a Administração Pública, como também repudiava a existência de tribunais administrativos para decidir os litígios em que ela fosse parte interessada. (2002, p.15)

Embora a autora citada admita a influência anglo-americana na jurisprudência, ela destaca que, em se tratando do Direito pelos tribunais, o sistema norte-americano não é diferente do sistema adotado pelos órgãos administrativos franceses.

Sendo assim, percebe-se que durante essa primeira fase do período da República no Brasil o trabalho doutrinário voltado às questões do Direito Administrativo foi muito carente, necessitando, portanto, como aponta a autora, de maiores aprofundamentos.

Essa carência de trabalhos foi superada apenas a partir de 1934, com a nova Constituição vigente que permitiu o Direito Administrativo experimentar uma grande evolução na história, haja vista que essa Constituição funcionou como uma espécie de extensão da atividade do Estado, pautando-se nos aspectos sociais e econômicos, como afirma a autora Pietro:

a partir da Constituição de 1934, o Direito Administrativo experimentou grande evolução, em decorrência da própria previsão constitucional de extensão da atividade do Estado nos âmbitos social e econômico. Instituiu-se, inclusive, um Tribunal de Direito Administrativo na esfera federal. Ao contrário da Constituição de 1891, de feição nitidamente liberal e individualista, a de 1934, que se seguiu ao movimento revolucionário de 1930, assume caráter socializante, marcado pela intervenção crescente na ordem social. O Estado deixa a sua posição de guardião da ordem pública e passa a atuar no campo da saúde, higiene, educação, economia, assistência e previdência social. Organiza-se o funcionalismo por meio do estatuto funcional, previsto no art. 170 da Constituição. Ao funcionalismo já se asseguraram, nesse dispositivo, direitos básicos, até hoje existentes, como a estabilidade, a aposentadoria e a reintegração em caso de invalidação de demissão por decisão judicial; também foi prevista a exigência de concurso público para a primeira investidura nos postos de carreira das repartições administrativas. Foi proibida a acumulação de cargos públicos remunerados das três esferas de governo (art. 172), com ressalva para os cargos de magistério e técnico-científicos. O artigo 171 previu a responsabilidade solidária dos funcionários com a Fazenda Pública, por quaisquer prejuízos decorrentes de negligência, omissão ou abuso no exercício dos seus cargos. (2002, p.16-17).

Sendo assim, nota-se que a Constituição de 1934 veio proporcionar à sociedade uma imensa contribuição, tendo em vista que foi por meio dela que se previu o processo especial de execução contra a fazenda, bem como se ampliaram os direitos e

garantias do indivíduo que outrora eram negados.

Foi por meio dessa Constituição que se instituiu o mandado de segurança e ação popular, fato que acarretou uma tentativa de se implementar um controle judicial sobre todos os atos Administrativos Públicos.

Convém destacar que não foi apenas a Constituição de 1934 que trouxe melhorias, as Constituições de 1937 e 1946 muito contribuíram, também, para disciplinar e ordenar a aplicabilidade das Leis Administrativas que ainda hoje estão presentes na sociedade por meio de Decretos.

Segundo Pietro (2002, p. 17), essas mudanças, por meio dessas Constituições, foram significativas para dar um novo sentido ao Direito Administrativo, tendo em vista que, aos poucos, o poder da polícia começou a crescer na sociedade, perpassando por todos os campos da vida.

Esse fato colaborou, também, para ampliar o rol de serviços públicos, pois a própria Constituição atribuía ao Poder Público diversas funções, tais como assistência social diária, saúde de qualidade e uma educação promissora, com objetivo de proporcionar aos jovens e adolescentes uma consciência crítica, autônoma e participativa na sociedade.

É importante enfatizar, neste estudo, que foi somente a partir da Constituição de 1934, atrelada à conjuntura político-econômica desse período, que o Direito Administrativo se consolidou como um ramo autônomo com institutos, princípios e regime jurídicos próprios (PIETRO, 2002).

Nesse sentido, não há dúvidas entre os estudiosos sobre a grande influência e importância do Direito estrangeiro no processo de formação do Direito Administrativo Brasileiro. A influência do Direito francês foi tão significativa que até os conceitos de serviço público e teoria dos atos administrativos usados na atualidade foram importados dos princípios basilares da França, como atesta Pietro:

não há dúvida de que foi grande a influência do direito estrangeiro na formação do direito administrativo brasileiro. Grande foi a influência do direito francês, do qual foram importados alguns dos institutos e princípios basilares do direito administrativo, como os conceitos de serviço público, a teoria dos atos administrativos, a da responsabilidade civil do Estado (teoria da culpa do serviço público e teoria da responsabilidade objetiva, consagrada, em nível constitucional, a partir da Constituição de 1946), a submissão da Administração Pública ao princípio da legalidade; a teoria dos contratos administrativos; a forma de delegação da execução do serviço público ao particular, pelo instituto da concessão de serviço público; e a própria idéia de que a Administração Pública se submete a um regime jurídico de direito público derogatório e exorbitante do direito comum. (2002 p. 18).

Desse modo, é preciso esclarecer, no presente estudo, que não foi apenas a França que influenciou a formação do Direito Administrativo no Brasil, os Italianos também contribuíram de forma significativa nesse processo.

A influência Italiana no Direito Administrativo se faz presente quando tratamos de temas específicos do Direito Administrativo, como noção do mérito do ato administrativo, de autarquia, de entidade paraestatal, etc. Isso fica comprovado

quando recorreremos ao que Pietro diz:

é inegável também a contribuição do direito italiano, que se percebe nitidamente em alguns temas específicos do direito administrativo, como a noção de mérito do ato administrativo, de autarquia, de entidade paraestatal (dois vocábulos criados no direito italiano), na noção de interesse público e tantas outras para as quais os autores italianos muito contribuíram, não só aqui, mas em outros países, porque, ao lado dos alemães, mudaram o próprio método de estudo do direito administrativo; este, com efeito, sendo de formação jurisprudencial, era elaborado a partir de casos concretos, sem muita preocupação com a sistematização; a doutrina alemã e a italiana contribuíram para a adoção de um método técnico-científico. (2002, p. 18).

Insta destacar, também, que a doutrina portuguesa e espanhola muito contribuiu na formação do Direito Administrativo no Brasil, tendo em vista que o próprio sistema de “sesmarias” adotado pelos portugueses no Brasil influenciou de forma decisiva a futura formação do Direito Administrativo.

Desse modo, percebe-se que o Direito Administrativo representa, hoje, na sociedade, uma ciência verdadeira, positiva e completa, tendo em vista que ele se divide com direito civil com o público positivo, como bem observa Pietro:

mesmo os princípios do direito administrativo, como os da legalidade, moralidade, impessoalidade, publicidade, interesse público, razoabilidade e tantos outros mencionados pela doutrina passaram, em grande parte, a ser previstos no direito positivo, alguns na Constituição (art. 37 da Constituição de 1988), outros em leis ordinárias, como a lei de licitações e contratos (Lei nº 8.666, de 21-6-93), lei do processo administrativo federal (Lei nº 9.784, de 29- 1-99), lei de improbidade administrativa (Lei nº 8.429, de 2-6-92). Houve, no Brasil, uma “positivação” do direito administrativo, aumentando consideravelmente a sua rigidez. (2002, p. 19).

Diante do exposto, compreender, na contemporaneidade, a origem do Direito Administrativo é extremamente importante, já que ele se firmou como ramo autônomo a partir de 1934 e, desde então, vem passando por uma significativa transformação, a qual busca acompanhar a própria evolução do Estado.

2.2 Conceito

Promover uma discussão conceitual sobre o Direito Administrativo é de fundamental importância, visto que este conceito pode ser elaborado de várias maneiras. Daí decorre a necessidade de se compreenderem as suas especificidades e, principalmente, a sua aplicabilidade na sociedade.

Segundo Hely Lopes Meireles (1996, p. 29), o “Direito Administrativo faz parte de um conjunto harmônico de princípios que tem o objetivo de reger os órgãos, os agentes e as atividades públicas, realizando de forma concreta, direta e imediatamente os fins desejados do Estado”.

Celso Bandeira Melo (2012, p. 32) nos fornece, por meio de seus estudos, outra

contribuição sobre esse conceito, afirmando que o “Direito Administrativo é o ramo do Direito Público que foi criado com o intuito de disciplinar as funções Administrativas, exercendo deste modo uma função primordial na sociedade”.

Nessa perspectiva, a Maria Sylvia Di Pietro, que é uma referência no assunto, afirma que

o Direito Administrativo é o ramo do Direito Público que tem por objeto os órgãos, agentes e pessoas jurídicas administrativas que integram a Administração Pública, atividade Jurídica não contenciosa que exerce e os bens que utiliza para a consecução de seus fins, de natureza Pública (2013, p. 41).

É importante destacar, neste estudo, que o Direito Administrativo, com toda a sua vasta riqueza de historicidade, pertence ao ramo do Direito Público, portanto se debruçar na análise desse conceito é importante, tendo em vista que ele está submetido a regras de caráter público que corresponde tanto ao Direito Constitucional quanto ao Direito Público.

Outro ponto relevante no que tange ao Direito Administrativo é que o mesmo é considerado um Direito não codificado, ou seja, não pode em hipótese alguma ficar reunido em uma única Lei, mas sim em um conjunto de Leis específicas que são denominadas, na atualidade, de “leis esparsas”.

Cabe ressaltar que o objeto de estudo do Direito Administrativo não está voltado apenas para as atividades públicas, mas sim para a organização e estrutura da Administração Pública, já que possui regras que são traduzidas para a sociedade por meio de Princípios Constitucionais e Infraconstitucionais que precisam ser decodificados.

Assim, embora o Direito Administrativo seja considerado um conjunto de normas e princípios para reger a Administração Pública, o Direito Administrativo Pátrio não pode ser considerado contencioso, pois não existe uma previsão totalmente legal de Tribunais e Juízes Administrativos unidos ao Poder Judiciário, principalmente no que diz respeito à questão de litígios que a própria Constitucional confere poder aos mesmos para julgar.

Nessa ótica, é preciso ressaltar que o Direito Administrativo constitui, como aponta Roberto Moreira (2013, p. 3), uma unidade “indivisível, maciça e monolítica”, voltada, particularmente, para fins de cunho didáticos e científicos, que busca facilitar a compreensão de seus estudos.

O Direito Administrativo, porém constitui uma unidade indivisível, maciça e monolítica. Reconhece-se, todavia, principalmente para fins didáticos e científicos, como forma de facilitar os estudos, a autonomia do Direito Administrativo já que podemos compreender o seu estudo a um grupo de normas que apresentam homogeneidade particular, seja, em relação ao seu objeto (campo próprio de atuação), seja em relação a seus institutos (afetação, desafetação, autotutela, desapropriação, licitação) e métodos de investigação próprios, seja em relação a alguns princípios norteadores e poderes (estudados adiante) que integram um verdadeiro regime jurídico-administrativo (MOREIRA, 2013, p. 3).

Nessa perspectiva, convém lembrar que o Direito Administrativo se correlaciona com vários outros campos do saber jurídico. Embora ele possua, de certo modo, institutos únicos independentes e princípios particulares, na prática possui uma determinada autonomia. Essa, por sua vez, remonta a grande influência que a doutrina francesa exerceu no processo de constituição do Direito Administrativo Brasileiro.

Desse modo, nota-se que o conceito de Direito Administrativo perpassa, na contemporaneidade, por vários olhares de autores, dependendo, portanto, da conotação dos mesmos e de sua obra, tendo em vista que as informações e os mecanismos didáticos dos autores sempre irão influenciar na formulação do conceito de Direito Administrativo.

2.3 Fontes do Direito Administrativo

Antes de discorrer sobre a classificação das fontes do Direito Administrativo e sua aplicabilidade na sociedade, convém historicizar a palavra “fonte”, que, no vocábulo de Direito, possui diversos significados.

O vocábulo “fonte” detém diversas significações para o Direito. Diferencia três delas. Em primeiro lugar, menciona fontes que determinam o pensamento e o comportamento humano e, por consequência, o Direito. São por isso mesmo, fontes de “construção do Direito” (*Rechtserzeugungsquellen*), dentre as quais se incluem tanto fatores morais e religiosos, como também aspectos climáticos e geográficos aos quais está sujeita uma nação. Além disso, existem fontes de “valoração do Direito” (*Rechtswertungsquellen*), representadas por princípios e valores de uma sociedade que servem de critério para o ordenamento jurídico, tal como a justiça, a igualdade, a racionalidade etc. (OSSENBÜHL 2002, apud MARRARA, 2013, p. 28).

Sendo assim, percebe-se que há, ainda, as fontes de reconhecimento do Direito que são particularmente consideradas, no Brasil, como verdadeiros veículos introdutórios de normas. “Um arquétipo claro que exemplifica esta situação são as Constituições, as Leis, os atos normativos da administração e etc. que são fontes extremamente importantes que servem de apoio para fundamentar algo como Direito”. (OSSENBÜHL, 2002, apud MARRARA, 2013, p. 28).

Nesse sentido, nota-se que as fontes de reconhecimento do Direito são, na verdade, fatos ou atos que permitem o nosso ordenamento jurídico produzir e desenvolver, de forma satisfatória, normas jurídicas. Essas, para serem válidas na sociedade, precisam ser derivadas de atos reconhecidos pelo nosso ordenamento jurídico, tendo em vista que sem essa validação as mesmas não poderão ser utilizadas na fundamentação da ação privada, o que acarreta em um grave problema.

Em curtas palavras, as fontes do Direito Administrativo são basicamente a maneira pela qual surgem as normas jurídicas. Em seus estudos, a autora Maria Bernadete Miranda destaca que

o Direito Administrativo é formado a partir de quatro fontes: a lei em sentido amplo (fonte primária), a doutrina (teoriza e explica a lei), a jurisprudência (reiteração de julgamentos num mesmo sentido) e o costume (a prática reiterada de

certos atos administrativos), que ainda tem certa influência devido à deficiência da legislação. (2008, p. 2).

Contrapondo a afirmação da autora citada, em seu artigo, Tiago Marrara afirma que as fontes do Direito Administrativo não podem ser classificadas apenas em quatro fontes, mas sim em diversas fontes e maneiras.

De modo geral, as fontes do Direito Administrativo podem ser classificadas de muitas maneiras, dentre as quais vale destacar: 1) *Quanto ao procedimento* de sua expedição: fontes legislativas (e.g. lei ordinária), fontes jurisprudenciais (e.g. súmula vinculante) e fontes administrativas (e.g. portarias). 2) *Quanto à sua forma de manifestação* na realidade: fontes escritas (e.g. leis) e não-escritas (e.g. costume). 3) *Quanto ao seu uso* no caso concreto: fontes de aplicação obrigatória (e.g. Constituição) e fontes de uso opcional (e.g. doutrina). 4) *Quanto ao poder que emana* dos mandamentos que contêm: fontes de normas vinculantes (e.g. Constituição) e fontes de normas indicativas (e.g. jurisprudência administrativa no Brasil). 5) *Quanto à sua hierarquia*: fontes primárias (e.g. Constituição), secundárias (e.g. resoluções) e subsidiárias (e.g. doutrina). (MARRARA, 2013 p. 28-29).

Assim, fica evidente que, embora as fontes do Direito Administrativo sejam semelhantes, há diversas particularidades entre as mesmas, um arquétipo claro que se pode citar nesse estudo é a questão do “costume”, que é válido no campo do Direito Administrativo.

Outro exemplo que merece ser destacado são as fontes legisladas Municipais ou Estaduais que, em contrapartida, são consideradas por muitos estudiosos como fonte de Direito Administrativo.

Nesse sentido, o entendimento das fontes do Direito Administrativo se apresenta, na sociedade, como uma medida urgente a ser tomada, pois a falta de sua compreensão tem levado muitos administradores como Juízes, promotores, conselheiros Tribunais, etc. a adotarem normas que não são coerentes ao Poder Público, o que tem gerado um grande problema.

Desse modo, necessário se faz compreender os tipos de fontes do Direito Administrativo, tendo em vista que esse entendimento é fundamental para se compreender o bloco normativo que tem a função de promover uma orientação sobre a ação estatal e, conseqüentemente, garantir uma verificação da legalidade administrativa.

É preciso, portanto, que os administradores (juízes, promotores e conselheiros) familiarizem com essas fontes, de modo que as mesmas possam servir de ferramenta para se compreenderem as normas aplicáveis a um comportamento do Poder Público.

3 Aprofundando o objeto de estudo

3.1 Fontes legislativas

Esta seção tem como objetivo abordar a importância das fontes Legislativas, Constitucionais e Administrativas, enfatizando a aplicabilidade das mesmas no cenário

político-econômico social do Brasil.

A principal fonte do Direito Administrativo é as Leis, ou seja, a Constituição Federal, as Constituições Estaduais, as Leis Orgânicas dos Municípios, etc.. Todos esses diplomas de gênero compõem o que denominamos, categoricamente, na atualidade, de Fontes Legislativas ou Fontes Legisladas, como também são conhecidas. Estas, por sua vez, se caracterizam pela sua forma escrita e pela sua obrigatoriedade, que faz com que a apresentem, na sociedade, um conteúdo vinculante de natureza primária em relação a outros tipos de fontes.

Segundo Tiago Marrara (2013, p. 29), por possuir essas características descritas, as “Fontes Legislativas são consideradas as mais importantes para o Direito Administrativo brasileiro, tendo em vista que ela funciona em nome do povo com o simples objetivo de reafirmar que o Estado existe e que atua”.

Nesse sentido, é preciso considerar que a estrutura federativa brasileira, considerada bipartite desde a Constituição de 1889 e tripartite depois da Constituição de 1988, permitiu que as fontes legislativas se estabelecerem em três grandes esferas: Federais, Estaduais e Municipais, como afirma Tiago Marrara:

em virtude da estrutura federativa brasileira – bipartite desde a Constituição de 1889 e tripartite após a Constituição de 1988 –, as fontes legislativas podem ser federais, estaduais e municipais. Em alguns campos do Direito, essa tripartição federativa é pouco importante pelo fato de haver competência exclusiva de uma ou outra esfera da federação para tratar certa matéria, como se vislumbra em relação à União em muitos casos (art. 22 CF). Para o direito administrativo, contudo, dada a competência de auto-organização dos entes federativos, bem como a competência material exclusiva ou comum para determinados serviços e atividades (art. 23 CF), as fontes legisladas das três diferentes esferas são de igual importância. Na prática, tais fatores multiplicam as fontes e as normas que regem esse ramo do Direito, tornando-o bastante complexo em relação àqueles regidos, por exemplo, por Códigos expedidos pela União. (2013 p. 30).

É importante destacar, neste estudo, que a Lei é considerada a fonte primordial do Direito Administrativo brasileiro, tendo em vista que o seu vocábulo abrange a Constituição, especialmente as suas regras e princípios administrativos, bem como seus atos normativos primários (leis complementares, ordinárias, delegadas), que devem, em contrapartida, ser urgentemente incluídos nos termos e limites das leis.

Diante do exposto, é preciso enfatizar que o Direito Administrativo brasileiro é formado a partir de um conjunto de normas que estão contidas em diplomas legislativos esparsos, tendo em vista que os mesmos não são sistematizados em um Código geral como o direito civil, penal, processual, etc.. Portanto, o agir da autoridade pública exige debruçar-se em uma análise profunda desses diplomas específicos, já que os mesmos são categorizados e editados por várias esferas federadas.

3.2 Fontes Constitucionais

Discorrer sobre as fontes constitucionais é imprescindível, tendo em vista que as mesmas são consideradas a categoria típica dos Estados Federados. Isso se atribui ao

fato dos Estados unitários possuírem uma Carta Constitucional única que faz com que a espécie se confunda com a categoria.

Embora seja diferente, existe, nas Federações, como aponta Thiago Marrara (2013, p. 30), “certa pluralidade de entes políticos, ou seja, do Poder de se organizar e legislar em matérias que lhes foram concedidas pelo Poder Constituinte”.

Cabe destacar que o fato de o Brasil estar pautado em uma estrutura Federativa faz com que ele possua normas que, em suas especificidades, trazem os princípios fundamentais da existência e do fundamento da Administração, que são propriamente os Estados. É por meio do mesmo que se apresentam, na sociedade, as Constituições Estaduais (art. 25 CF), já no Distrito Federal e nos Municípios são apresentadas as Leis Orgânicas (art. 29 e 32 CF).

Segundo Thiago Marrara (2007, p. 30), todos esses documentos apresentados compõem o que podemos denominar de fontes constitucionais, tendo em vista que o cume da pirâmide normativa, em cada nível federativo, deve um grande respeito à Constituição Federal, que é considerada, dentro do ordenamento jurídico brasileiro, a fonte de validade de todo o sistema.

Nessa perspectiva, nota-se que a Constituição Federal de 1988 é considerada, na atualidade, a fonte de legalidade formal e material de toda a ação administrativa, haja vista que ela é inspirada na doutrina e na jurisprudência do trabalho de sistematização do Direito Administrativo. Todo esse processo é revestido de uma grande previsão de incontáveis normas jurídicas que, de certo modo, condicionam e direcionam a ação estatal.

Tais interferências a respeito das normas jurídicas que condicionam e direcionam a ação estatal podem ser vistas nos estudos de Thiago Marrara, que afirma que,

de um lado, tais normas concentram-se em um capítulo a respeito “da Administração Pública” (art. 37 e 38) e outro sobre os servidores públicos (39 a 41). Ademais, a Carta traz normas acerca de: entes da Administração Direta (Ministérios e Presidência da República, art. 76 e seguintes); entes da Administração Indireta (art. 37, incisos XIX e XX, art. 173, § 1º CF); bens públicos (art. 20, 26, 176); espécies de serviços públicos e entes competentes para prestá-los (principalmente nos art. 21, 25 § 2º e 30); formas de prestação de serviços públicos (art. 21, inciso XII e 175); fomento estatal (art. 179, 180, 205, 215); condições e casos para intervenção do Estado na economia (art. 173, *caput* e art. 177); possibilidades excepcionais de restrição da liberdade (art. 5º, incisos XI, XII, XVI) e da propriedade (art. 5º, incisos XXIV e XXV, art. 182, §§ 3º e 4º, art. 184, *caput*, art. 243); direitos fundamentais de pessoas físicas e jurídicas exercitáveis perante o Estado (art. 5º em geral); fundamentos do processo administrativo (art. 5º, incisos LIV, LV, LVI, LXXVIII); instrumentos de controle contra abusos e ilegalidades praticados pela Administração Pública (art. 5º, incisos LXVIII a LXXIII, 37, § 6º, 49, inciso X, 70, *caput*, 103-A, § 3º) etc. (2013, p. 31).

Nesse sentido, ao debruçarmos em uma análise minuciosa sobre essas normas jurídicas, o que se pode perceber é que as mesmas não dedicam um capítulo sequer sobre o Direito Administrativo que, *a priori*, parece não ter relevância para os

Legisladores, que são os responsáveis pela elaboração das leis jurídicas existentes em nossa sociedade.

É preciso ressaltar que a Constituição de 1988 foi bastante inovadora e significativa, no entanto ela não alterou a estrutura do Direito Administrativo, pautado no princípio da autoridade e no controle da atividade administrativa pelos cidadãos. Ela abarcou apenas uma série de elementos, como “Organização administrativa, patrimônio administrativo, formas de ação restritiva e prestativa do Poder Público, bem como os mecanismos de responsabilização e controle de suas condutas quer por outros Poderes, quer pelo cidadão” (MARRARA, 2013, p. 31).

Sendo assim, percebe-se que essa quantidade de normas constitucionais presentes no Direito Administrativo se deve a diversos fatores que envolvem outros fatores além das dificuldades ou erros de técnica legislativa, tendo em vista que, no processo da Constituinte, os interesses e as necessidades de uma sociedade plural e desigual como o Brasil devem ser levados em consideração.

Segundo Thiago Marrara, essa hipertrofia constitucional ocasionou uma série de consequências na sociedade.

Essa hipertrofia constitucional – pouco vista inclusive nos Estados mais sociais do mundo – também resultou do temor de que o Estado – a exemplo do que aconteceu nas fases ditatoriais anteriores – passasse a atuar fora dos limites para o qual foi autorizado pelo povo a fazê-lo, suprimindo, eventualmente, o núcleo fundamental dos mais basilares direitos do cidadão. Se a Constituição foi redigida de modo abrangente, isso ocorreu também em virtude dessa sensação de desconfiança em relação ao Estado, sensação que atinge, até hoje, o Legislativo, o Executivo e, inclusive, o Judiciário (MARRARA, 2013, p. 32).

Convém destacar que todas essas razões de âmbito jurídico-positiva fazem com que a Constituição de 88 seja a fonte mais importante do Direito Administrativo no Brasil. Isso ocorre pelo fato da Constituição ainda possuir um significativo papel no cerne do sistema, tendo em vista que ela é bastante rica em regras e princípios do Direito Administrativo, razão pela qual faz com que a sua base sirva de espelho no processo de sistematização do mosaico de normas da disciplina.

Diante disso, é preciso enfatizar que as fontes do Direito Constitucional são, na verdade, as maneiras e as formas em que se fixam e criam os preceitos constitucionais.

Esses preceitos, por sua vez, têm uma grande importância na sociedade, tendo em vista que as fontes do Direito Constitucional se dividem em duas fontes, a saber: fontes mediatas e imediatas, sendo que a primeira diz respeito à história, aos costumes, à doutrina e à jurisprudência e a segunda diz respeito à Constituição e às suas Leis de conteúdo constitucional.

3.3 Fontes Administrativas

Embora a interminável legislação que rege o Direito Administrativo seja muitas vezes contraditória e confusa, é imprescindível fazer uma referência, neste presente estudo, ao papel e à importância que as fontes administrativas têm no campo de

Direito.

Segundo Debbasch e Colin (2007, *apud* MARRARA, 2013, p. 34), em se tratando de um Estado de Direito, a administração pública tem por obrigatoriedade respeitar todo o conjunto de fontes de direito referente a cada nível de hierarquia administrativa. Isso se dá pelo fato de cada agente ter que respeitar o bloco de regras exteriores que permeiam a administração, bem como as suas regras produzidas em nível superior de hierarquia.

Nessa ótica, podemos caracterizar as fontes administrativas como atos expedidos por autoridade pública, tendo em vista que, no exercício de funções administrativas, elas contêm normas gerais/abstratas ou concretas/individuais, que têm a função de direcionar o comportamento de outros agentes internos ou externos da administração pública.

Convém destacar que as fontes administrativas não são meramente ordens de efeitos internos e restritos. Em suas particularidades elas acoplam tanto a administração pública quanto os entes e órgãos, exercendo uma função extremamente importante, que é controlar a legalidade administrativa dentro do sistema jurídico pátrio, como afirma Thiago Marrara:

ao vincularem as autoridades públicas, essas fontes também se tornam de observância obrigatória pelo juiz no julgamento de casos concretos, desde que sejam consideradas legais e constitucionais. As fontes administrativas não são, pois, meras ordens de efeitos internos e restritos; elas vinculam tanto a Administração Pública quanto os entes e órgãos que têm a função de controlar a legalidade administrativa dentro do sistema jurídico pátrio. Trata-se, assim, de um tipo de fonte escrita, de conteúdo vinculante ou indicativo, de conteúdo secundário, mas, inegavelmente, de observação obrigatória no âmbito do ente público ou da atividade pública que rege. O aspecto secundário da fonte administrativa não significa que ela seja de uso optativo, que possa ser deixada de fora do bloco normativo a critério da conveniência e oportunidade do administrador público ou mesmo dos órgãos de controle da Administração. (2013, p. 34-35).

Nessa perspectiva, percebe-se que o ato normativo ocupa um papel relevante dentro do conjunto de fontes administrativas, tendo em vista que ele é uma espécie de ato da administração pública, composto por normas extremamente importantes que apresentam um caráter geral e abstrato.

Vale, ainda, destacar que tais atos contêm normas que se limitam a produzir diversos efeitos internos a determinado órgão ou entidades, o que acarreta, como aponta Marrara (2013, p. 35), normas que geram efeitos externos ao órgão ou entidade que os edita, sendo, esse processo, compreendido como Leis em sentido material.

Diante do exposto, cabe dizer que existem, ainda, muitas discussões acerca das fontes constitucionais. A presente seção buscou mostrar que o problema fundamental dessa fonte está atrelado à falta de sistematização legislativa e doutrinária da mesma no tocante às suas espécies, conteúdo e função.

Portanto, não há dúvidas, na atualidade, de que as resoluções, portarias, deliberações e instruções normativas sejam, de fato, espécies de fontes administrativas.

O que é preciso esclarecer é que o papel que cada uma dessas fontes desempenha, no direito positivo brasileiro, ainda não é claro, razão motivadora da abordagem dessa temática.

4 O Direito Administrativo brasileiro: superando velhos paradigmas

4.1 A evolução do Direito Administrativo

Discorrer sobre a evolução do Direito Administrativo não é uma tarefa fácil, tendo em vista que o constitucionalismo contemporâneo que se verificou no Brasil após a Constituição Federal de 1988 impôs uma série de transformações, principalmente no que se refere à forma de se compreender o ordenamento jurídico.

Segundo Caio Watkins (2011, p. 11), a Constituição é muito importante na sociedade, já que ela “é o ápice do sistema normativo, tendo como função principal regular uma diversa gama de assuntos que vão desde a organização do Estado à previsão de garantias individuais do indivíduo que se encontram pautadas na dignidade da pessoa humana”.

Nesse sentido, é importante destacar que, ao longo dos anos, os diversos princípios constitucionais adquiriram uma grande força normativa e autoaplicabilidade que contribuíram para que os mesmos fossem invocados, embora na ausência da regulamentação infraconstitucional.

Essa força normativa que os princípios constitucionais adquiriram foi significativa para promover a irradiação de todo o nosso ordenamento jurídico que, em suas particularidades, influenciou os mais variados ramos do Direito que, em contrapartida, tiveram que ser relidos pela lente da Constituição.

Insta destacar que, em seu percurso de evolução, o Direito Administrativo não ficou alheio a esse processo de constitucionalização, ao contrário, acompanhou toda a evolução à luz dos princípios constitucionais, tendo em vista que o mesmo foi significativo para modelar seus princípios e normas jurídicas.

Em seus estudos, Gustavo Binbenojm (2008, p. 01) esclarece que esta ideia de uma origem liberal e garantística do Direito Administrativo, forjada por meio de uma grande e milagrosa sujeição da burocracia estatal à Lei e aos direitos individuais, não passa, na história brasileira, de um grande “mito” que precisa ser desconstruído na sociedade.

Nessa ótica, percebe-se que os estudos desenvolvidos nos últimos dois séculos têm revelado de forma significativa que “a construção teórica do Direito Administrativo não se deveu nem ao Estado de Direito e muito menos aquela velha reprodução do princípio da separação de poderes” (BINENBOJM, 2008, p. 1).

É preciso reiterar que o Direito Administrativo brasileiro se estruturou a partir de premissas teóricas pautadas no princípio da autoridade e não com o comprometimento das conquistas individuais e democráticas do cidadão. Essas foram silenciadas e esquecidas, tendo em vista que o “Direito Administrativo nasceu da superação do Antigo Regime, o que contribuiu para o mesmo preservar este instrumento e manter na prática a mesma lógica de poder” (BINENBOJM, 2008, p. 01).

Desse modo, se torna inadmissível, na contemporaneidade, aceitar que o

processo de evolução do Direito Administrativo se deu por meio de um surgimento milagroso, recheado de boas intenções voltadas à liberdade, à proteção da cidadania do indivíduo e ao controle jurídico.

É importante enfatizar que a evolução do Direito Administrativo ocorreu por meio de uma sucessão de impulsos contraditórios, fruto de um produto de uma grande tensão dialética entre a lógica da autoridade e a lógica da liberdade, como afirma o autor Gustavo Binenbojm:

nada obstante, se, de um lado não é mais possível compactuar com a visão romântica de um surgimento milagroso e pleno de boas intenções (voltadas permanentemente à proteção da cidadania e ao controle jurídico do poder), tampouco seria lícito advogar que uma monolítica razão maquiavélica (no sentido de uma lógica de preservação do poder) esteve sempre por trás de todo o desenvolvimento do Direito Administrativo. Mais é correto pensar a evolução histórica da disciplina como uma sucessão de impulsos contraditórios, produto da tensão dialética entre a lógica da autoridade e a lógica da liberdade. Se, em sua origem o Direito Administrativo se traduzia em uma normatividade marcada pelas ideias de parcialidade e desigualdade, sua evolução histórica revelou um incremento significativo daquilo que poderia se chamar de vertente garantística, caracterizada por meios e instrumentos de controle progressivo da atividade administrativa pelos cidadãos. Nada obstante, como se verá a seguir, essa não foi uma tendência constante progressiva e unidirecional, sendo antes combinada com a estratégia de fugas à rigidez das formas e as restrições legais à liberdade decisória da Administração. Constituída pelo trabalho desses dois vetores contraditórios, a dogmática administrativa reflete este caráter ambíguo em inúmeros de seus institutos e na fragilidade de sua estrutura teórica. (2008, p. 2)

Sendo assim, embora o Direito Administrativo tenha sido criado sob o signo do Estado de Direito com o objetivo de solucionar conflitos entre a autoridade (poder) e a liberdade (direitos individuais) do indivíduo, o mesmo passou, ao longo do percurso de sua evolução, por um processo de descolamento do Direito Constitucional que trouxe sérias consequências para a sociedade.

Segundo Gustavo Binenbojm (2008, p. 2), essas consequências se fizeram presentes na sociedade por meio da própria descontinuidade das constituições que entra em contraste com a continuidade da burocracia, tendo em vista que as mesmas contribuíram satisfatoriamente para que o Direito Administrativo se nutrisse de “categorias, institutos, princípios e regras próprios, mantendo-se de certa forma alheio as sucessivas mutações constitucionais”.

Diante disso, nota-se que o processo de evolução do Direito Administrativo enfrenta, ainda, na contemporaneidade, muitas contradições, tendo em vista que essas foram construídas e reproduzidas em momentos históricos diferentes, o que acarretou, para o Brasil, a formação da crise dos paradigmas do Direito Administrativo, que será tratada no próximo tópico deste estudo.

4.2 A crise dos paradigmas do Direito Administrativo brasileiro

Discutir sobre a crise dos paradigmas do Direito Administrativo brasileiro é imprescindível em uma pesquisa, já que se trata de um elemento problemático e contraditório de se compreender na sociedade.

O Direito Administrativo brasileiro passou por muitas transformações ao longo do seu processo de evolução. No entanto, esta nova interpretação que se deu ao mesmo representou uma grande ruptura com antigas concepções teóricas e, por sua vez, colocou em xeque muitos paradigmas do Direito Administrativo.

Tais interferências a esse respeito podem ser vistas nos estudos de Caio Watkins, que afirma que

a nova interpretação dada ao Direito Administrativo, à luz dos princípios Constitucionais representou uma importante ruptura com algumas antigas concepções teóricas aplicadas a esse ramo da ciência jurídica, impregnadas de reformulações mais comprometidas com a preservação da autoridade da administração pública do que com a realização plena do Estado Democrático de Direito. Assim foram postos em xeques clássicos paradigmas do Direito Administrativo em especial, a vinculação da atividade administrativa a Lei, a supremacia, a priori e absoluta, do interesse público e a intangibilidade do mérito dos atos administrativos discricionários. Atualmente a melhor doutrina tem sustentando que: a Constituição é não mais a Lei, representa o ponto de capital da vinculação administrativa, de modo que a vinculação se daria a juridicidade e não meramente a legalidade, definição do conceito de interesse público, e de sua apregoada supremacia sobre os interesses particulares, deixa de estar ao inteiro ao livre arbítrio do administrador, passando a depender de juízos de ponderação entre os direitos fundamentais e outros valores e interesses metaindividuais constitucionalmente consagrados e a discricionariedade deixa de ser um espaço de liberdade de escolha do administrador, transformando-se em um resíduo de legitimidade, a ser preenchido por procedimentos técnicos e jurídicos prescritos pela Constituição e pela Lei com vistas a otimização do grau de juridicidade da decisão administrativa (2011, p. 11-12).

Desse modo, percebe-se que os paradigmas citados colocados em xeque ocasionaram, na contemporaneidade, uma crise do Direito Administrativo, haja vista que esses paradigmas não se constituem apenas no novo, mas exibem alguns vícios de origem.

Embora o Estado Moderno tenha passado por várias transformações desde a ascensão do Estado providência até o seu colapso, isso não impediu que ocorresse a emergência do Estado democrático de Direito, bem como o agravamento do descompasso entre as velhas categorias e as reais necessidades das sociedades contemporâneas no que tange à administração pública.

Marçal Just Filho (2005, *apud* BINENBOJM, 2008, p. 06), em seus estudos sobre a crise dos paradigmas do Direito Administrativo, afirma que

o instrumental teórico do Direito Administrativo se reporta ao século XIX. Assim se passa com os conceitos de Estado de Direito, princípio da legalidade,

discricionabilidade administrativa. A fundamentação filosófica do Direito Administrativo se relaciona com a disputa entre Duguit e Hauriou, ocorrida nos primeiros decênios do século XX. A organização do aparato administrativo se modela nas concepções napoleônicas, que traduzem uma rígida hierarquia de feição militar (...) o conteúdo e as interpetações do Direito Administrativo permanecem vinculados e referidos a uma realidade sociopolítica que há muito deixou de existir. O instrumental do Direito Administrativo é, na sua essência, o mesmo de um século atrás.

Sendo assim, é imprescindível indentificar os quatro paradigmas clássicos no Brasil que, segundo Gustavo Binbenojm (2008, p. 06-07), se encontram em xeque na atualidade pelo fato das intensas transformações que ocorrem na nova configuração do Estado democrático de Direito. Em relação a esses quatro paradigmas clássicos, o autor aponta que são:

I - O dito princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, que serviria de fundamento e fato de legitimização para todo o conjunto de privilégios de natureza material e processual que constituem o cerne do regime jurídico administrativo. II - A legalidade administrativa como vinculação positiva à lei, traduzida numa suposta submissão total do agir administrativo à vontade previamente manifestada pelo Poder Legislativo. Tal paradigma costuma ser sintetizado na negação formal de qualquer vontade autônoma aos órgãos administrativos, que só estariam autorizados a agir de acordo com que a lei rigidamente prescrevesse ou facultasse. III A intangibilidade do mérito administrativo consistente na incontrolabilidade das escolhas discricionárias da Administração Pública, seja pelos órgãos do contencioso administrativo, seja pelo Poder Judiciário (em países, como o Brasil, que adotam o sistema de jurisdição unitária), seja pelos cidadãos, através de mecanismos de participação direta na gestão da máquina administrativa. IV - A ideia de um Poder Executivo unitário, fundada em relações de subordinação hierárquica (formal ou política) entre a burocracia e os órgãos de cúpula do governo (como os Ministérios e a Presidência da República). Na tradição do constitucionalismo Brasileiro, a fórmula da administração unitária é sintetizada, como no atual artigo 84, inciso II da Constituição de 1988, na competência do chefe do executivo para exercer a direção superior da Administração, com o auxílio dos Ministros do Estado (BINENBOJM, 2008, p. 6-7).

Nessa perspectiva, percebe-se que o agente condutor básico da superação de tais categorias jurídicas se pauta na ideia de constitucionalização do Direito Administrativo que, por sua vez, serve como medida de alternativa ao déficit teórico que sofre uma grande adoção do sistema de direitos fundamentais e do sistema democrático.

Convém destacar que essa adoção de sistema de direitos fundamentais e democráticos se traduz, na sociedade, por meio de princípios e regras Constitucionais que se pautam na atuação da administração pública que, como aponta Gustavo Binbenojm, é permeada de vetores que convergem no princípio de

maior dignidade da pessoa humana e, I: ao se situarem acima e para além da Lei. II: vincularem juridicamente o conceito de interesse público. III: estabelecerem as balizas pricipiológicas para o exercício legítimo da discricionariedade administrativa, e IV: admitirem um espaço próprio para as autoridades administrativas independentes no esquema de separação de poderes e na lógica do regime democrático, fazem ruir o arcabouço do velho Direito Administrativo. (BINENBOJM, 2008, p. 7)

Diante do exposto, nota-se que a tarefa de desconstrução de velhos paradigmas e a proposição de novos no campo do Direito Administrativo não é algo tão fácil de se implementar, tendo em vista que a tessitura constitucional assume um papel primordial nesse processo, o que a leva a funcionar como diretriz normativa e legitimadora das novas categorias.

4.3 A constitucionalização do Direito Administrativo: avanços e retrocessos

Discorrer sobre os avanços e retrocessos do Direito Administrativo brasileiro é muito importante, já que, para se compender a sua atuação na atualidade, necessário se faz nos debruçarmos em seu contraditório percurso histórico.

Segundo Gustavo Binenbojm (2008), o contraditório percurso histórico do Direito Administrativo se construiu por meio de princípios pautados na concepção da lógica da autoridade do que propriamente a liberdade. Essa, por sua vez, não teve espaço, tendo em vista que a autoridade foi o carro mestre que permeou todo o processo de evolução do Direito administrativo, mesmo com o advento da Constituição de 1988, que trouxe inovações de espírito democráticos, os princípios de conservação da autoridade se mantêm presentes e intrínsecos em nossa Constituição, como afirma o autor:

de fato, em seu contraditório percurso histórico, o Direito administrativo erigiu institutos muito mais voltados a lógica da autoridade do que a lógica da liberdade. Daí que categorias administrativas básicas como o interesse público, poder de polícia, serviço público tenham sido elaboradas ao largo de qualquer consideração dos direitos fundamentais. Só recentemente alguns publicistas brasileiros atentaram para a imperiosa necessidade de redefinir tais categorias em deferência a supremacia da Constituição e a centralidade dos Direitos fundamentais na ordem jurídica e na própria estrutura teleológica do Estado (BINENBOJM, 2008, p. 26).

Em se tratando dos Direitos Fundamentais citados, cabe ressaltar que todos os poderes do Estado têm por objetivo promover a plena satisfação dos Direitos fundamentais do cidadão, tendo em vista que, quando o Estado propriamente dito se desvia ou não cumpre isso, ele está, do ponto de vista político, se deslegitimando e, na perspectiva jurídica, se desconstitucionalizando, o que representa, na sociedade, um grande problema a ser solucionado.

Em seus estudos, Marçal Justen Filho (2005, *apud* BINENBOJM, 2008, p. 26) nos fornece uma significativa contribuição sobre o Direito Administrativo, afirmando que o mesmo “faz parte de um conjunto de normas jurídicas importantes do Direito Público

que tem como objetivo disciplinar todas as atividades administrativas”. Essas são necessárias para “promover a realização dos Direitos fundamentais do indivíduo, a organização e o funcionamento das estruturas estatais e não estatais”.

Sendo assim, nota-se que o objeto do Direito Administrativo não se esgota na temática dos Direitos fundamentais, ao contrário, esses apresentam-se como direitos às prestações positivas que podem ser tanto de natureza concreta e material quanto de natureza normativa, tendo em vista que o direito de ir e vir do indivíduo pressupõe um conjunto de atividades do Poder Público que tem a função de manter e preservar esses direitos.

Tais interferências a esse respeito podem ser vistas nos estudos do autor Gustavo Binbenbojm, quando este afirma que

mais recentemente vem a doutrina aludindo os Direitos fundamentais como Direitos a organização e ao procedimento, para designar todos aqueles direitos fundamentais que dependem, na sua realização tanto de providências estatais com vistas a criação e conformação de órgãos, entidades ou repartições (organização), como de outras, normalmente de índole normativa, destinadas a ordenar a fruição de determinados direitos ou garantias, como e o caso das garantias constitucionais-processuais (direito de defesa, direito a proteção judiciária, direito a não auto-incriminação). (2008, p. 27-28).

É preciso reiterar, ainda, no presente estudo, que os Direitos fundamentais não podem ser pensados apenas sob a ótica dos indivíduos enquanto faculdades ou poderes de que esses são titulares. Ao contrário, eles precisam ser pensados, também, sob o olhar da comunidade com valores e princípios que a mesma se propõe a prosseguir.

Segundo Gustavo Binbenbojm (2008, p. 27), “a dimensão objetiva representa um mais valia em relação as posições subjetivas”, tendo em vista que ela “decorre do reconhecimento dos Direitos fundamentais que é considerado as bases estruturais da ordem jurídica por influenciar todo o Direito positivo”.

Contudo, é apenas por meio da superação da perspectiva individualista que os Direitos fundamentais passam a ser vistos como princípios concretizadores de valores em si, devendo, assim, ser protegidos e fomentados pelo Direito, pelo Estado e por toda a sociedade.

Portanto, fica evidente que o Direito Administrativo não pode ser confundido com a mera incorporação do Direito ordinário da Constituição. Ao contrário, o fato do Direito Administrativo brasileiro ter sido formado de modo contraditório e emblemático faz com que “personagens” indesejáveis da história como o corporativismo, o casuísmo, a ossificação, o reformismo constitucional crônico e os princípios de autoridade estejam presentes na contemporaneidade, fazendo da nossa constitucionalização às avessas.

Diante disso, é preciso que as pessoas compreendam que o processo de constitucionalização do Direito Administrativo deve ser entendido por meio de uma postura de releitura e redefinição de conceitos da antiga dogmática da disciplina, mas sob o olhar da Constituição atual.

É apenas por meio dessa postura crítica de releitura que se consegue construir novos paradigmas para o Direito Administrativo, dotados de uma maior consistência teórica e, principalmente, de um comprometimento com o sistema democrático, tendo em vista que é por meio deste que se consegue alcançar o desenvolvimento, o respeito e a proteção dos Direitos fundamentais.

5 Considerações finais

Neste artigo, buscou-se compreender a origem e as fontes do Direito Administrativo, destacando a importância que esse conjunto harmônico de princípios representa na sociedade.

Por meio dos teóricos lidos, pôde-se perceber que, apesar da Constituição de 1988 ter proporcionado à sociedade muitos avanços de espíritos democráticos, a mesma está recheada de retrocessos, já que a estrutura do Direito Administrativo continua sendo pautada no princípio da preservação da autoridade e desiguldade, o que faz agravar ainda mais o festival de emendas constitucionais presente na contemporaneidade.

Ao longo do artigo, podemos observar, também, que vivemos o Direito Administrativo cotidianamente e é por meio do acompanhamento de sua constante evolução que conseguimos perceber a quantidade de Leis e regulamentos que se editam nessa área, tendo em vista que o Direito Administrativo é um campo de estudo novo, o que requer dos estudiosos um maior cuidado no processo de análise e interpretação do mesmo.

É importante destacar, ainda, que, embora o Direito Administrativo seja visto como conjunto de princípios e normas jurídicas que têm a função de regular a organização, os meios e as formas de atuação, ainda faltam muitas pesquisas que busquem discutir a aplicabilidade de seu conteúdo e extensão.

O presente estudo é apenas uma pequena parcela de contribuição sobre uma temática que ainda precisa de maiores esclarecimentos e leituras, já que não buscou esgotar o tema, apenas contribuir e incitar o desenvolvimento e a produção de novos estudos.

Referências

ASSIS, Virgínia M. Almoêdo de. *Estado, Igreja e Indígenas – administração portuguesa em uma condição colonial (A Problemática das Fontes)*. Disponível em: <http://apipucos.fundaj.gov.br/docs/indoc/cehib/almoedo.html>. Acesso em 26.01.2014.

BINENBONJM, Gustavo. A Constitucionalização do Direito Administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 13 março/abril/ maio 2008.

MARRARA, Thiago. As fontes do direito administrativo e o princípio da legalidade. *Revista Digital de Direito Administrativo*, Ribeirão Preto, n. 1, vol. 1, 2013, p. 23-51.

MELO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

MIRANDA, Maria Bernadete. Princípios constitucionais do Direito Administrativo. *Revista Virtual Direito Brasil*, n. 2, vol. 2, 2008.

MOREIRA, Roberto. *Direito Administrativo*. [s.l.]: [s.n.], 2000.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Dy. 500 Anos de direito administrativo brasileiro. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, n. 10, janeiro 2002.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Dy. *Direito Administrativo*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

URUGUAY, Visconde de Uruguay. *Ensaio sobre Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1960.

WATKINS, Caio. *A proibição do venire contra factum proprium nas relações jurídicas administrativas: um mecanismo de proteção da confiança do cidadão diante dos atos do estado*. 108 fls. Monografia apresentada ao Departamento de Direito da Pontifícia Universidade Católica Do Rio de Janeiro – PUC, 2011.



JURISVOX
N. 15, VOL. 1, JUL. 2014
SEÇÃO ENSAIO JURÍDICO

Dano existencial: noções fundamentais

Existential damage: fundamental notions

Daniela Carmo Nunes

Graduanda do curso de Direito pelo Centro Universitário de Patos de Minas (UNIPAM)
E-mail: dani_se_dani@yahoo.com.br

Resumo: O presente estudo buscou apresentar aportes teóricos básicos sobre o dano existencial, suas espécies e circunstâncias elucidativas de sua ocorrência, de modo a compreender o que vem a ser a modalidade de dano existencial e em quais situações pode ocorrer esse fenômeno. Para tanto, tratou-se de uma pesquisa dedutiva bibliográfica exploratória, com vistas a selecionar considerações fundamentadas em obras jurídicas. Foi possível compreender que o dano existencial estabelece natureza de dano imaterial que causa à vítima, parcial ou totalmente, a impossibilidade de realizar, prosseguir ou (re)construir os seus projetos de vida, seja familiar, seja afetivo ou seja profissional. Conclui-se que o dano existencial se abaliza em duas linhas. De um lado, observa-se a ofensa ao projeto de vida, mediante o qual a pessoa se norteia à plena autorrealização, ao se orientar para o livre-arbítrio para propiciar concretude na conjuntura espaço-temporal, na qual esteja inserida, em que cultiva objetivos e ideias que produzem sentido à sua vida. E, de outro, constata-se o dano à vida de relação, que se refere às diferentes relações interpessoais, nos mais diversos espaços e ocasiões, que permitem que a pessoa possa escrever a sua própria história e se desenvolver plenamente como desejado e como merecido.

Palavras-chave: Dano Existencial. Noções Fundamentais. Espécies. Modalidades.

Abstract: This study aimed to present basic theoretical studies about the existential damage, its species and clarifying circumstances of their occurrence, in order to understand what has to be the type of existential damage and in what situations may occur this phenomenon. Therefore, this was an exploratory literature deductive research, in order to select considerations based on legal works. It was possible to understand the existential damage determines nature of non-pecuniary damage that causes to the victim, partially or totally, the inability to perform, continue or (re) build their life projects: familiar, affective or professional. It can be concluded that the existential damage is guided by two lines. On the one hand, there is the offense to the life project, by which the person is guided to full self-realization, to move towards the free will to provide real implementation in the space-time environment, which is inserted in cultivating goals and ideas that produce meaning to his life. And, on the other, there has been damage to life relationship, which refers to the different interpersonal relationships in many more places and occasions that allow the person to write their own story and fully develop himself/herself as desired and as deserved.

Keywords: Existential Damage. Fundamental Notions. Species. Modalities.

1 Introdução

O dano existencial pode acarretar à vítima, parcial ou totalmente, a impossibilidade de realizar, dar continuidade ou reconstruir o seu projeto de vida, na

esfera familiar, afetivo-sexual, intelectual, artística, científica, desportiva, educacional, profissional, entre outras. (FROTA, 2011).

Assim sendo, este esboço pode ser relevante para futuros juristas que terão a oportunidade de apreciar considerações relacionadas ao dano existencial e, de certo modo, se prepararem para atuar em casos dentro desse contexto.

O presente estudo norteou-se para apresentar aportes teóricos básicos sobre o dano existencial, suas espécies e circunstâncias elucidativas ocorrência, de modo a compreender o que vem a ser a modalidade de dano existencial e em quais situações pode ocorrer esse fenômeno.

A presente pesquisa pode contribuir para o desenvolvimento dos conhecimentos referentes ao tema, pois, se por um lado as publicações da área são escassas, por outro essa vai estar a serviço de desenvolver novos conhecimentos por meio de inusitados debates teóricos. Tais considerações são importantes para a comunidade jurídica, já que apresenta contribuições teóricas fundamentais acerca do dano existencial e de suas particularidades, com o objetivo de oferecer aos estudantes e profissionais do Direito subsídios, por meio dos quais, podem compreender a respeito de quais seriam as situações em que o dano existencial se evidenciaria e suas repercussões.

Para alcançar o objetivo proposto, valeu-se de uma pesquisa bibliográfica, dedutiva e exploratória, com vistas a selecionar considerações fundamentadas em obras jurídicas.

A pesquisa bibliográfica é feita a partir de material já elaborado, composto, sobretudo, de livros e artigos científicos, bem como pesquisas referentes a ideologias e aquelas que sugerem análises de posições contrapostas acerca de um problema, do mesmo modo. (GIL, 1999).

A pesquisa exploratória tem o objetivo de avaliar quais teorias ou conceitos existentes podem ser aplicados a certo problema ou se novas teorias e conceitos precisam ser desenvolvidos. (COLLIS; HUSSEY, 2005).

2 A evolução do conceito de dano: uma leitura à luz da doutrina

Etimologicamente, o vocábulo dano procede do latim *demere*, que denota tirar, apoucar, diminuir. O conceito de dano emerge das mudanças do estado de bem-estar do indivíduo que acaba por desembocar na perda de qualquer dos seus bens extrapatrimoniais ou patrimoniais. (LOPEZ, 1999)

Dano expressa toda perda causada a um bem jurídico, tanto por redução do patrimônio quanto do bem-estar. Essencialmente, o dano apresenta duas naturezas: patrimonial e não patrimonial. A maior parte da doutrina adota o critério da patrimonialidade ou não da perda, para classificar as naturezas de dano. Há, então, o dano moral ou extrapatrimonial quando não houver perda material. (AMARANTE, 1998)

Mas, por vezes, esse critério de exclusão, cuja base é o fim ocasionado, não é satisfatório para esclarecer diferentes circunstâncias de reparação ao dano ocasionado pelo ilícito. Assim, opta-se por distingui-los calcados no caráter jurídico do direito subjetivo, comprometido pelo ilícito. Portanto, dano moral seria uma espécie

“comprendida dentro del concepto genérico de daño expresado, caracterizada por la violación de uno o varios de los derechos inherentes a la personalidad de un sujeto de Derecho”(BREBIA, 1950, p. 84 *apud* AMARANTE, 1998, p. 236).

Brebia (1950) *apud* Amarante (1998) é contra a classificação do dano, que toma por fundamento os fins danosos que determinam e não reconhecem que é possível avaliar como patrimonial o insulto a um interesse moral com desdobramentos na vida econômica. Especificamente respectivo à honra,

el absurdo que constituye que una lesión sufrida en un bien personal tan característicamente extrapatrimonial como el honor pueda ser considerado como daño patrimonial sólo por la circunstancia de que tal lesión ha traído aparejada también un perjuicio pecuniario al sujeto pasivo del mismo, vendría, a nuestro criterio a desvirtuar por sí solo el criterio sostenido por Minozi. (BREBIA, 1950 *apud* AMARANTE, 1998, p. 237).

Inversamente a essa concepção, apresentam-se outras percepções que reconhecem que, se existe perda econômica, patrimonial, mesmo no caso de dano à honra, não há que se pensar em dano moral: o termo dano moral deve ser designado excepcionalmente para mencionar a injúria que não determina qualquer implicação patrimonial. “Se há consequências de ordem patrimonial, ainda que mediante repercussão, o dano deixa de ser extrapatrimonial. Indenizam-se essas consequências, produzindo-se o dano nesse caso de modo indireto”(GOMES, 1984, p. 330 *apud* AMARANTE, 1998, p. 236).

Il dano non patrimoniale (danno morale) é quello che non si concreta in un “alterazione patrimoniale direttamente o indirettamente prodotta. Esso non tocca in nessun modo il patrimonio e si concreta esclusivamente in un perturbamento psichico (della sfera dei sentimenti) il quale deriva dal cordoglio, dalle angosce, dal dolore o in genere. dal pregiudizio morale cagionati dal reato!” (BORCIANI, 1924, p. 129 *apud* AMARANTE, 1998, p. 236)

Todavia, com o ingresso do Código Civil, as principais oposições da doutrina desfavorável à indenização do dano moral foram removidas de vez, assim, aspectos como: ausência de efeito penoso durável, improbabilidade do direito transgredido, dificuldade para desvendar a existência do dano moral, indeterminação do número de indivíduos prejudicados, impossibilidade de austera estimativa em dinheiro, imoralidade da indenização da dor com o dinheiro e circunscrição do arbítrio conferido ao juiz. Assim, deram lugar para a compreensão conforme a qual “não há mais dúvida de que o dano moral deve ser indenizado em qualquer hipótese (...)”(ALMEIDA NETO, 2005, p. 3).

Tanto que o Art. 186 da Constituição pátria celebra: “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.” (BRASIL, 2002)

Américo Luis Martins da Silva, em 1999, já previa que o Direito moderno iria marchar rumo à consagração do dano extrapatrimonial, tendo em vista que, se o ataque ao direito personalíssimo de alguma pessoa não determina qualquer perda de

ordem patrimonial, mesmo assim, aquele que o suportou deve ter direito a uma exultação de caráter compensatório. Os motivos de igualdade que a relevam convidam a reconhecer a inclusão do dano extrapatrimonial (ou, além disso, dano moral, dano imaterial, dano não patrimonial) ao lado do dano patrimonial. “De modo que, além do *damnum corpore corpori datum* (dano material a pessoa pode sofrer também o dano moral dano imaterial)”. (p. 36)

Yussef Said Cahali (2005, p. 22), de certa forma, concorda com a ideia de Américo Luis Martins da Silva e aprofunda na questão do dano extrapatrimonial: “[...] tudo aquilo que molesta gravemente a alma humana, ferindo-lhe gravemente os valores fundamentais inerentes à sua personalidade ou reconhecidos pela sociedade em que está integrado, qualifica-se, em linha de princípio, como dano moral”, não há condições de enumerá-lo sobremodo extenuante, corroborando-se na dor, na ansiedade, na aflição, na tristeza pela perda de uma pessoa querida, na falta de prestígio social, na desonra à reputação, no vexame público, na busca pela privacidade, no desequilíbrio da normalização psíquica, nos traumas emocionais, na depressão ou no desgaste psicológico, nas circunstâncias de constrangimento moral.

Nesse sentido, pensa-se que foi em um contexto permeado de valor à existência humana e às suas sentimentalidades que emergiu reconhecimento do dano existencial no direito brasileiro.

O dano existencial institui natureza de dano não material ou imaterial que ocasiona a outrem, total ou parcialmente, a impossibilidade de realizar, prosseguir ou reerguer o seu projeto de vida no âmbito “familiar, afetivo-sexual, intelectual, artística, científica, desportiva, educacional ou profissional, dentre outras e a dificuldade de retomar sua vida de relação (de âmbito público ou privado, sobretudo na seara da convivência familiar, profissional ou social)”. (FROTA, 2011, [s.p]).

Compete salientar que os dispositivos constitucionais que amparam o princípio da reparabilidade referentes aos danos extrapatrimoniais (CF/88, arts. 1.º, III, e 5.º, V e X) são hábeis a reconhecer a ressarcibilidade pertinente ao dano existencial. Constatam-se, no Código Civil, a previsão Constitucional e a resolução da reparabilidade do dano existencial nos mesmos permissivos que aprovam a reparabilidade do dano moral, são eles:

Art. 12, *caput*: “Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei”;

Art. 186: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”;

Art. 927: “Aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo;”

Art. 948: “No caso de homicídio, a indenização consiste, sem excluir outras reparações (...);

Art. 949: “No caso de lesão ou outra ofensa à saúde, o ofensor indenizará o ofendido das despesas do tratamento e dos lucros cessantes até o fim da convalescença, além de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido” (BRASIL, 2002)

Desse modo, um ato doloso ou culposo, capaz de causar uma alteração de expectativa no dia-a-dia da pessoa, de modo a provocar uma mudança danosa na maneira de ser do sujeito ou nas tarefas por ele realizadas, tendo em vista “o seu projeto de vida pessoal, abstraindo-se de qualquer repercussão financeira ou econômica que do fato da lesão possa decorrer, deve ser indenizado, como um dano existencial, um dano à existência do ser humano.” (ALMEIDA NETO, 2005, p. 1).

2.1 Os danos ao projeto de vida e à vida de relações

O dano existencial se subdivide no dano ao projeto de vida e no dano à vida de relações. Em outros termos, o dano existencial se alicerça em dois eixos. De um lado, no insulto ao projeto de vida, por intercessão do qual a pessoa projeta-se à própria autorrealização absoluta, ao nortear a sua liberdade de escolher para propiciar concretude na conjuntura espaço-temporal em que se encontram inseridos os seus objetivos, projetos e sonhos que produzem sentido à sua vida.

Por dano existencial, igualmente designado de dano ao projeto de vida ou perda de sentido das coisas, envolve-se toda avaria que afeta o livre-arbítrio, causando frustração no projeto de vida que o indivíduo vislumbrou para sua realização enquanto ser humano. Descreve-se existencial justamente em razão do choque provocado pelo dano que acende um vácuo existencial no indivíduo que venha a perder a manancial de recompensa fundamental. Por projeto de vida compreende-se a forma de vida que o indivíduo escolheu. Por natureza, o ser humano tende a explorar ao máximo o seu potencial. Por essa razão, os indivíduos, constantemente, esquematizam o futuro e fazem escolhas no sentido de reger sua vivência ao cumprimento do projeto de vida. O evento injusto capaz de frustrar esse destino e impedir a sua realização em plenitude, obrigando o indivíduo a renunciar-se com o seu futuro, é denominado dano existencial.

O dano ao plano de vida menciona-se às mudanças de comportamento não pecuniário nas condições de existência, no fluxo natural da vida da pessoa e de sua família. Significa a consideração de que as transgressões de direitos humanos, por vezes, privam a pessoa de desenvolver suas pretensões e habilidades, de maneira a provocar uma heterogeneidade de frustrações que dificilmente podem ser superadas. Essa realidade afeta as perspectivas de desenvolvimento pessoal, profissional e familiar da pessoa, interferindo em sua liberdade de eleger o seu próprio destino. Estabelece, por conseguinte, uma intimidação ao sentido que a pessoa imputa à existência, ao sentido incorpóreo da existência. (FROTA, 2011)

Além disso, o dano existencial pode acontecer nas relações de trabalho, comumente quando o trabalhador sofre dano direto ou restrições sobre a sua vida fora do ambiente laboral dado a comportamentos ilícitos cometidos pelo tomador do trabalho. Desse modo, acontece dano existencial quando o empregador, de forma sucessiva, confere uma quantidade demasiada de atividades ao trabalhador ou impossibilita que o mesmo desfrute de férias ou da folga semanal remunerada, ou ordena frequentes prestações de horas extraordinárias de maneira a tornar inviável que o trabalhador “desfrute do convívio social, impedindo-o de praticar as suas atividades

familiares, recreativas, culturais, esportivas, religiosas ou qualquer outra que componha seus itens de preferências não ligadas ao trabalho”. (SANTOS, 2013, [s.p])

Ao ocorrer essas pressuposições, pode-se caracterizar o dano existencial, o qual se evidencia em dois aspectos, quais sejam “dano ao projeto de vida” e “dano à vida de relações”. O primeiro distingue-se na frustração do projeto de vida que o trabalhador formou, abordando os seus campos familiares e profissionais, de maneira a cercear o seu direito de liberdade e de preferência no tocante ao seu destino. Enquanto que o “dano à vida de relações” expressa o detrimento padecido no “conjunto das relações com as demais pessoas, impedindo ou dificultando claramente o trabalhador de interagir plenamente com outras pessoas trocando pensamentos, sentimentos, reflexões e situações necessárias para o pleno desenvolvimento do homem como ser social”. (SANTOS, 2013, [s.p])

O dano ao projeto de vida é um dano existencial em que há inviabilidade de a pessoa prosseguir com o seu projeto de vida que, até então, vinha sendo desenvolvido pela pessoa no domínio da sua autonomia privada. Nesse sentido, o dano ao Projeto de vida pode ser idealizado dentro do gênero de dano existencial. Mas pode haver o dano às coisas e o dano à pessoa e, esse último, em apreço às implicações, pode ser considerado como dano psicossomático e dano à liberdade, que conglomeram o projeto de vida. O dano à pessoa pode admitir aspectos patrimoniais (lucros cessantes e danos emergentes) ou extrapatrimoniais, quando compromete a própria liberdade da pessoa, por exemplo. (SHAFER; MACHADO, 2013)

O referido dano é mais circunscrito, emana da autodeterminação e das escolhas que a pessoa pode fazer em sua vida. Ocorre quando as preferências da pessoa são frustradas pela interferência de terceiros ou, então, ocorre em circunstâncias em que a pessoa é impelida a ter que reformular, por ato danoso de outrem, as suas escolhas. Encontra-se presente a sua natureza coexistencial, em outros termos, é praticado em sociedade e o seu caráter temporal, já que só se pode pensar em dano moral, partindo da noção de tempo – o homem como único ser que projeta seu futuro.

No direito brasileiro, o dano ao projeto de vida tende a se coadunar com a extensa reparabilidade do dano moral, protocolo em que se assentará provavelmente para esse prejuízo, contudo percebê-lo como uma perda de exterioridade própria auxiliará em sua reparabilidade. A submersão conceitual extensa do dano em moral (imaterial) e patrimonial (material), por vezes, pode confundir e não adita significado e exatidão. Refere-se, diretamente, à liberdade de atuar do indivíduo, que é obstada pelo causador que acaba por impedir o pleno desenvolvimento da personalidade da vítima conforme a aspiração desta.

E mais,

[...] projeto de vida é o rumo ou destino que a pessoa outorga à sua vida, aquilo que a pessoa decide - e pode - fazer da sua vida. O dano ao projeto de vida ocorre quando se interfere no destino da pessoa, frustrando, aviltando ou postergando a sua realização pessoal. É um dano provável, portanto, indenizável. É dano que tem por característica o comprometimento da liberdade da vítima, pois esta terá de encontrar uma nova maneira de ser para poder realizar-se enquanto pessoa. É natural que o dano ao projeto de vida opere um vácuo existencial na vítima em

razão da perda de objetivo de vida, podendo gerar consequências psicossomáticas de autodestruição, às vezes cumulado ou não, com quadros de profunda depressão. (SHAFER; MACHADO, 2013, p. 189)

É possível distinguir o dano existencial das demais espécies de dano à pessoa quando comparamos as características desse com as dos demais. Dessa forma, com maestria, Almeida Neto traz que o dano existencial, diversamente ao dano patrimonial, não causa necessariamente uma redução da capacidade de obter rendimento, sendo que o dano existencial se caracteriza como um prejuízo não econômico, que não atinge a sua esfera patrimonial.

Enquanto o dano moral é fundamentalmente um “sentir”, o dano existencial é mais um “não mais poder fazer” ou um “dever agir de outro modo”. Em outras palavras, o dano moral está ligado ao interior do indivíduo, ou seja, um prejuízo emocional sofrido pelo mesmo, já o dano existencial ultrapassa a esfera emocional e força o indivíduo a mudar os seus planos. (ALMEIDA NETO, 2005)

Basicamente, o dano existencial,

[...] em suma, causa uma frustração no projeto de vida do ser humano, colocando-o em uma situação de manifesta inferioridade – no aspecto de felicidade e bem estar – comparada àquela antes de sofrer o dano, sem necessariamente importar em um prejuízo econômico. Mais do que isso, ofende diretamente a dignidade da pessoa, dela retirando, anulando, uma aspiração legítima. (ALMEIDA NETO, 2005, p. 32)

Realmente, não é possível conjecturar a reabilitação da pessoa sem que se reconheça o direito à reparação de possíveis perdas. É preciso resguardar a plena liberdade de cada pessoa. Essa perspectiva se organiza em torno do conceito de realização pessoal, cujas referências são as características e o desenvolvimento inerentes à personalidade de cada um.

2.2 Possíveis eventos que podem resultar em dano existencial

Ao analisar a ocorrência ou não do dano existencial, Frota (2011) assevera que é necessário levar em consideração as peculiaridades do caso concreto, a fim de identificar se o dano sofrido teve o condão de impedir a prática de tarefas ou atos que o indivíduo antes considerava como de vital importância para sua realização pessoal. São vários os incidentes em que o dano sofrido tem tamanha repercussão na vida do indivíduo a ponto de inviabilizar seus relacionamentos, sejam familiares, sexual ou profissional e, dessa forma, frustrar as metas e objetivos que eram de fundamental importância no projeto de vida daquele que sofreu o dano. O dano existencial causa, no indivíduo, um esvaziamento da perspectiva de um presente, o autor ilustra algumas das possíveis situações que caracterizam o dano existencial:

- (a) A perda de um familiar ou o abandono parental em momento crucial do desenvolvimento da personalidade.
- (b) O assédio sexual.

- (c) O terror psicológico no ambiente de trabalho, no contexto escolar ou na intimidade familiar.
- (d) A violência urbana ou rural.
- (e) Atentados promovidos por organizações extremistas e o terrorismo de Estado.
- (i) Prisões arbitrárias ou fruto de erro judiciário.
- (g) Guerras civis, revoluções, golpes de Estado e conflitos armados multiétnicos e internacionais.
- (h) Acidentes de trânsito ou de trabalho. (FROTA, 2011, [s.p])

Nesse mesmo sentido, Almeida Neto (2005) traz outras hipóteses em que é possível observar a ocorrência do dano existencial, são elas: imperícia médica que cause dano à mulher, tirando-lhe a capacidade para gerar um filho, acidente que deixe incapacitada para o esporte uma pessoa que tem essa atividade como rotineira, seja para lazer ou profissionalmente.

Nessas duas hipóteses, é possível vislumbrar, também, o dano patrimonial, sendo que em ambas as situações o causador do dano é responsável por arcar com a indenização pelas despesas com médicos, hospitais, psicólogos e medicamentos.

No entanto, nos casos em tela, o sofrimento maior não foi o físico, e sim o existencial, pois, na primeira hipótese, a mulher, que antes sonhava com a maternidade e tinha essa condição como algo de extrema importância no plano de vida, agora não poderá mais gerar um filho em seu ventre; na segunda hipótese, a pessoa vítima do acidente se verá obrigada a mudar drasticamente o seu cotidiano.

2.3 Aporte jurisprudencial

Torna-se manifesto que o dano existencial ainda é pouco conhecido no meio jurídico nacional. Almeida Neto (2003) adverte que essa espécie de dano vem sendo classificada pela doutrina como um gênero do dano extrapatrimonial. Sendo, pela jurisprudência, compreendido na esfera dos danos morais, uma vez que os Tribunais pátrios ainda têm se mostrado relutantes em admitir tanto o dano existencial, como outras novas vertentes de danos extrapatrimoniais.

Embora dificilmente se encontrem decisões que adotam expressamente a terminologia “dano existencial” no âmbito civil, encontramos julgados que se encaixam nessa esfera de dano. Júlio César Bebber (2009, p. 28) traz elementos que devem ser observados para aferir tal modalidade de dano, são eles a injustiça do dano, uma vez que somente o injusto poderá ser considerado ilícito, os atos realizados que frustram o projeto de vida e a situação futura, e a razoabilidade do projeto de vida, pois é necessário haver possibilidade de realização do projeto de vida.

Nesse sentido, encontram-se julgados que, embora não adotem a expressão “dano existencial”, possuem todos os elementos que caracterizam o mesmo. Vislumbramos a presença do dano ao projeto de vida no julgado do STJ que manteve a condenação de cirurgião que operou, por engano, o joelho sadio de uma atleta.

AgRg na AÇÃO RESCISÓRIA Nº 4.190 - RJ (2009/0020617-0) EMENTA
AÇÃO RESCISÓRIA. CABIMENTO. ACÓRDÃO RESCINDENDO QUE
EFETIVAMENTE ENFRENTOU O MÉRITO. VIOLAÇÃO DE LITERAL

DISPOSIÇÃO DE LEI. NÃO OCORRÊNCIA. JULGAMENTO EXTRA PETITA NÃO CARACTERIZADO.

I - O acórdão que enfrentou e rejeitou a alegação de julgamento extra petita trazida nas razões de recurso especial consubstancia decisão de mérito que desafia ação rescisória.

II - Somente ocorre julgamento extra petita, quando constatada discrepância entre o decisum e o pedido, interpretado este em consonância com a causa de pedir.

III - Quando coincidem a tutela estatal prestada, o pedido e a causa de pedir próxima, não há falar em ofensa ao princípio da correlação ou à literal disposição dos artigos 128 e 460 do Código de Processo Civil.

IV- Agravo Regimental improvido.(SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2011)

No voto do Ministro Relator, Fernando Gonçalves, destaca-se uma passagem que possibilita visualizar claramente o dano existencial.

Com efeito, a Ré jamais fundamentou o seu pedido de indenização por danos morais na ofensa decorrente do ato cirúrgico em si, independentemente de suas consequências. Muito pelo contrário, a Ré fez questão de eleger a interrupção da sua carreira de atleta como a causa de pedir da indenização por danos morais.

O dano existencial, em nosso pátrio ordenamento, tem sido mais reconhecido no âmbito trabalhista, nesse sentido, a 1ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, no acórdão 0000105-14.2011.5.04.0241 RO, reconheceu a existência do dano existencial.

ACÓRDÃO 0000105-14.2011.5.04.0241EMENTA DANO EXISTENCIAL. JORNADA EXTRA EXCEDENTE DO LIMITE LEGAL DE TOLERÂNCIA. DIREITOS FUNDAMENTAIS. O dano existencial é uma espécie de dano imaterial, mediante o qual, no caso das relações de trabalho, o trabalhador sofre danos/limitações em relação à sua vida fora do ambiente de trabalho em razão de condutas ilícitas praticadas pelo tomador do trabalho. Havendo a prestação habitual de trabalho em jornadas extras excedentes do limite legal relativo à quantidade de horas extras, resta configurado dano à existência, dada a violação de direitos fundamentais do trabalho que integram decisão jurídico-objetiva adotada pela Constituição. Do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana decorre o direito ao livre desenvolvimento da personalidade do trabalhador, nele integrado o direito ao desenvolvimento profissional, o que exige condições dignas de trabalho e observância dos direitos fundamentais também pelos empregadores (eficácia horizontal dos direitos fundamentais). Recurso provido.(SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 2011)

No caso em tela, a empregada que trabalhou por mais de oito anos em jornadas excessivas de 12 a 13 horas com intervalo de 30 minutos, sendo privada de compromissos particulares, dentre eles o convívio familiar, condenou a empregadora ao pagamento de R\$ 24.710,40 (vinte e quatro mil, setecentos e dez reais e quarenta centavos) como indenização pelo dano existencial.

A indenização pelo dano existencial sofrido pela reclamante em razão da conduta da empresa-ré é de difícil mensuração. Para a fixação do quantum indenizatório é importante que se levantem certos parâmetros, visto que inexistente critério previsto no ordenamento jurídico. A condenação em reparação de dano existencial deve ser fixada considerando-se a dimensão do dano e a capacidade patrimonial do lesante. Para surtir um efeito pedagógico e econômico, o valor fixado deve representar um acréscimo considerável nas despesas da empresa, desestimulando a reincidência, mas que preserve a sua saúde econômica. Como visto, a reclamante teve a sua vida privada prejudicada em razão da exigência de jornadas excessivas, o que representa afronta a direitos fundamentais. (ALMEIDA NETO, 2005, [s.p])

Embora o dano existencial não se confunda com o dano moral, uma vez que, conforme Boucinhas Filho e Alvarenga (2013), o dano moral incide sobre o ofendido de maneira simultânea ao ato lesivo, enquanto o dano existencial se manifesta como alterações prejudiciais no cotidiano do indivíduo, não sendo, portanto, o segundo uma espécie do primeiro. Entendeu-se pertinente ressaltar, aqui, que, no acórdão apresentado, deparamo-nos com a errônea expressão “dano moral existencial”.

3 Conclusão

O presente estudo buscou apresentar considerações teóricas referentes ao dano existencial. Genericamente, foi possível compreender os entremeios que compõem esse tema, mas teve-se a oportunidade de confirmar, em meio às diversas pesquisas realizadas, ser essa questão ainda pouca debatida, seja pelas doutrinas ou pelos julgados. Por um lado, essa realidade mostra que foi oportuna a escolha do tema, pois pode-se compreender, mesmo que brevemente, os seus principais conceitos e características. Por outro lado, lamentou-se por não apresentar um estudo mais robusto provido de diferentes argumentos e considerações de doutrinadores que pudessem permitir construir uma concepção mais crítica da problemática levantada.

Conclui-se que, de modo geral, o dano existencial se fundamenta em duas linhas, de um lado observa-se o insulto ao projeto de vida, mediante o qual a pessoa se norteia à plena autorrealização, ao guiar o livre-arbítrio para propiciar concretude, na conjuntura espaço-temporal no qual esteja inserida, em que cultiva objetivos e ideias que produzem sentido à sua vida, e de outro lado constata-se o dano à vida de relação, que se refere às diferentes relações interpessoais, nos mais diversos espaços e ocasiões, que permitem que a pessoa possa escrever a sua própria história e se desenvolver plenamente como desejado e como merecido.

Referências

ALMEIDA NETO, Amaro Alves de. Dano existencial: a tutela da dignidade da pessoa humana. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 6, n. 24, mês out/dez, 2005.

AMARANTE, Aparecida. *Responsabilidade civil por dano à honra*. 4. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. 364p.

BEBBER, Júlio César. Danos extrapatrimoniais (estético, biológico e existencial): breves considerações. *Revista LTr*, São Paulo, v. 73, n. 1, jan. 2009.

BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti; ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. O dano existencial e o Direito do Trabalho. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, São Paulo, SP, v. 79, n. 2, p. 240-261, abr./jun. 2013.

BRASIL. LEI Nº 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002. Código Civil. Presidência da República Casa Civil Subchefia para Assuntos Jurídicos, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 01 set. 2013.

CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*. 3 ed. rev. ampl. e atual. Conforme o Código Civil de 2002. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. 832p.

COLLIS, Jill; HUSSEY, Roger. *Pesquisa em administração*, 2 ed. Porto Alegre: Bookman, 2005.

GIL, Antônio Carlos. *Métodos e técnicas de pesquisa social*. São Paulo: Atlas, 1999.

LEI Nº 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002. *Código Civil*. Art. 12, Art. 186, Art. 927, Art. 948 e Art. 949. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 01 set. 2013.

FROTA, Hidemberg Alves da. Noções fundamentais sobre o dano existencial. *In: Jus Navigandi*, Teresina, ano 16, n. 3046, 3 nov. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/20349/nocoos-fundamentais-sobre-o-danoexistencial#ixzz2dlBkyuCK>>. Acesso em: 2 set. 2013.

PODER JUDICIÁRIO FEDERAL. TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 4ª REGIÃO. ACÓRDÃO. 0000105-14.2011.5.04.0241 RO Fl. 1ACORDÃO. IN: Disponível em: <<http://www.trt18.jus.br/portal/arquivos/2012/11/0000105-14-2011-5-04-0241-201203143.pdf>> Acesso em: 19 out. 2013.

SANTOS, Ariovaldo dos. *Dano existencial: ressarcimento por ter um sonho frustrado*. (SI), (s.n.), mar. 2013. Disponível em: <<http://lifebreak.com.br/artigos/dano-existencial-ressarcimento-sonho-frustrado>>. Acesso em: 23 set. 2013.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Revista Eletrônica da Jurisprudência*. AgRg na AR 4190 (2009/0020617-0 - 25/10/2011). Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/Revistaeletronica/ita.asp?registro=200900206170&dt_>. Acesso em: 13 nov. 2013.

SCHÄFER, Gilberto. A reparação do dano ao projeto de vida na corte interamericana de direitos humanos. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba, v. 13, n. 13, p. 179-197, janeiro/junho de 2013.

O dano moral e a teoria dos *Punitive Damages*

The moral damage and the punitive damages theory

Letícia Alves Ferreira Souto

Graduanda do 8º período do curso de Direito do Centro Universitário de Patos de Minas (UNIPAM).

E-mail: leticiafsouto@hotmail.com

Resumo: O presente trabalho tem como objeto de estudo a discussão quanto à possibilidade de aplicação da Teoria dos *Punitive Damages* no ordenamento jurídico brasileiro, especificamente em relação à indenização por dano moral. O que se buscou foi a breve discussão acerca do dano extrapatrimonial, a construção histórica da Teoria, seu desenvolvimento no direito comparado e, ao final, demonstrar sua adequação ao Direito brasileiro. Por fim, concluiu-se que a indenização punitiva está em consonância ao disposto na Constituição Federal e no atual Código Civil, em razão não só da necessidade de proteção da vítima, mas também de punição exemplar do ofensor.

Palavras-chave: Direito Civil. Responsabilidade Civil. Dano Moral. *Punitive Damages*.

Abstract: The present research aims at discussing about the applicability of the Punitive Damages Theory to the Brazilian law, specifically in relation to compensation for moral damage. The aim was a brief discussion of off-balance sheet damage, the historical basis of this Theory, its development in comparative law and, ultimately, to demonstrate its suitability to the Brazilian law. Finally, it was concluded that the punitive damages are in accordance with the provisions of the Federal Constitution and the current Civil Code, not only because of the need for victim protection, but also for exemplary punishment of the offender.

Keywords: Civil Law. Civil Liability. Moral Damage. Punitive Damages.

1 Introdução

Partindo-se da ideia de que o ser humano é eminentemente um animal gregário, parece óbvio que das constantes interações humanas, em algum aspecto, surgirão conflitos, existindo de um lado o direito à reparação pelo dano sofrido, e de outro o dever de responder pela conduta danosa. É nesse contexto que surge a noção de responsabilidade civil como sendo o mecanismo capaz de restaurar o equilíbrio econômico das partes envolvidas.

Durante toda a história de desenvolvimento do instituto da responsabilidade civil, o que se buscou sempre foi a proteção da vítima, sendo resguardada de forma mais ampla possível. Porém, em muitos momentos, a conduta danosa do ofensor foi relegada a segundo plano, fato que não mais deve se perdurar, tendo em vista a necessária punição daqueles que praticam ilícitos civis. A partir daí, surge a Teoria dos *Punitive Damages*, que tem por principal objetivo o reconhecimento do caráter punitivo da indenização e consequente majoração do *quantum* indenizatório.

Este trabalho abordará, sucintamente, as bases da responsabilidade civil, adentrando a uma das espécies de dano previsto na Constituição Federal, qual seja o dano moral. A seguir, sem qualquer pretensão de esgotar o tema, será discutida a Teoria dos *Punitive Damages*, destacando seu conceito, surgimento histórico, desenvolvimento no direito comparado, requisitos para sua aplicação, controvérsia existente na doutrina e Jurisprudência pátrias quanto à sua adequação ao ordenamento jurídico e, ao final, demonstrando uma tendência doutrinária moderna no sentido de autorizar a aplicação da indenização punitiva no direito brasileiro.

O objetivo deste trabalho é analisar a possibilidade de aplicação e adequação da Teoria dos *Punitive Damages* no ordenamento jurídico brasileiro, especificamente no que diz respeito à fixação da indenização decorrente de dano moral.

Por fim, o presente trabalho foi desenvolvido utilizando-se do método dedutivo de pesquisa na modalidade de revisão bibliográfica, vez que foram utilizados textos que de forma direta ou indireta abordaram a temática, incluindo artigos periódicos, inclusive aqueles disponíveis na rede mundial de computadores.

2 Noções essenciais de responsabilidade civil

Pode-se definir responsabilidade civil como sendo o dever de reparar o dano causado a outrem, em virtude de uma conduta violadora de uma norma jurídica preexistente, assumindo, o agente, as consequências de seu ato (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2013). Em nosso atual Código Civil, está prevista no artigo 927, o qual institui ao causador do dano o dever de indenizar, pela prática de ato ilícito (artigos 186 e 187, do mesmo diploma). O *Codex* ainda estabelece que a reparação poderá se dar em face de dano material ou, ainda que exclusivamente, de dano moral.

A partir de tal conceito, conclui-se que a responsabilidade civil encontra seus fundamentos no princípio do *neminem laedere* de Ulpiano, pelo qual não se deve lesar a ninguém. Nos dizeres de Yussef Said Cahali, “a regra *neminem laedere* insere-se no âmago da responsabilidade civil” (1998, p. 37). Assim, uma vez desrespeitada tal máxima, surge o dever de indenizar, ou seja, de reparar o dano causado a outrem.

A origem do instituto remonta às civilizações pré-romanas, em que a concepção de responsabilidade estava calcada na noção de vingança privada. Já na era do Direito Romano, não se pode olvidar da Lei das XII Tábuas, a qual ainda previa traços da Pena de Talião, mas que inovou ao possibilitar a composição entre a vítima e o ofensor. Além disso, marco de grande importância na evolução histórica da responsabilidade civil foi a edição da *Lex Aquilia*, a qual previa a aplicação de pena proporcional ao dano causado, levando-se em consideração a culpa do agente. Por fim, há que se ressaltar o Código de Napoleão, o qual influenciou sobremaneira o Código Civil brasileiro de 1916, em que a culpa foi alçada a elemento necessário ao reconhecimento da responsabilidade civil.

Cumprido, nesse ponto, elencar quais as funções da reparação civil, ou seja, quais os objetivos a serem atingidos pela fixação da indenização. A doutrina pátria estabelece três funções principais: compensatória, punitiva e educativa (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2013). Nessa linha de ideias, a função compensatória se traduz no objetivo que a reparação civil tem de retornar as coisas ao estado anterior, voltando-

se, as partes, à situação por elas experimentada antes da ocorrência do fato danoso. Já a função punitiva, vista como secundária, gera um efeito dissuasivo ao ofensor, compelindo-o a não mais praticar tal conduta ilícita, punindo-o pelo ato praticado. Por fim, a função educativa traduz-se na noção de mostrar à sociedade que condutas como a adotada pelo ofensor não são toleradas e, por isso, não devem ser tomadas pela comunidade, caso contrário, serão passíveis de reprovação.

Uma vez definidas as bases da responsabilidade civil, passa-se à análise de uma das possibilidades de incidência do regramento indenizatório, qual seja, a reparação do dano moral, objeto deste estudo.

3 Dano moral: conceito, evolução e indenizabilidade

Há muito no ordenamento jurídico brasileiro se discutia a possibilidade ou não de reparação civil pelo dano exclusivamente moral. Muitos defendiam a impossibilidade de indenização nesses casos sob o argumento de que não se pode reparar pecuniariamente uma dor, um sofrimento, uma perda. A par de tais discussões, a Constituição Federal de 1988 encerrou a querela, uma vez que elevou a *status* de direito fundamental a indenização pelo dano moral, conforme artigo 5º, incisos V e X. Em consonância à Lei Maior, o Código Civil de 2002, em seu artigo 186, estabeleceu que aquele que por ação ou omissão viola direito de outrem e causa dano, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito, ficando obrigado a repará-lo (artigo 927, CC/02).

Apresentadas as previsões legais garantidoras da indenização à vítima de dano moral, cumpre conceituá-lo. Resumidamente, o dano moral é aquele que viola direitos da personalidade, que não invade o patrimônio econômico do ofendido, mas sua integridade física, sua vida, seu bem-estar, sendo também denominado dano extrapatrimonial. Nas lições de Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona, “o dano moral consiste na lesão de direitos cujo conteúdo não é pecuniário, nem comercialmente redutível a dinheiro” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2013, p. 105).

Ainda nos dizeres de Sílvio Venosa,

será moral o dano que ocasiona um distúrbio anormal na vida do indivíduo; uma inconveniência de comportamento ou, como definimos, um desconforto comportamental a ser examinado em cada caso. Ao se analisar o dano moral, o juiz se volta para a sintomatologia do sofrimento [...] (2003, p. 34).

A partir da análise do conceito de dano moral, parece claro que, ao possibilitar sua reparação, a intenção do legislador, tanto constitucional quanto infraconstitucional, foi a de garantir o respeito ao princípio fundamental da República Federativa do Brasil, qual seja, a dignidade da pessoa humana, insculpido no artigo 1º, III, da Constituição Federal. Por tal princípio, o ser humano passa a ser entendido como o centro de todo o ordenamento, devendo ser protegido sob todas as formas, pela garantia de seus direitos e liberdades (FARIAS; ROSENVALD, 2010). A indenização por dano moral se coaduna com essa ideia de proteção, tendo em vista que permite ao ofendido a

reparação por violação de seus direitos personalíssimos, caracterizadores de sua essência humana.

Nessa ordem de ideias, é preciso trazer à baila um dos pilares estruturadores de nosso atual Código Civil, qual seja, o princípio da eticidade, pelo qual as relações jurídicas civis devem ser calcadas pela ética e moralidade. A reparabilidade do dano moral está em flagrante consonância a tal princípio, vez que garante a boa-fé às interações humanas surgidas a partir de um ato ilícito.

Cumprе salientar que a noção de dano moral é muito mais remota do que se pode imaginar. O Código de Hamurabi, uma das legislações mais antigas das quais se tem conhecimento, já reconhecia tal instituto e previa a possibilidade de reparação, pela aplicação da Pena de Talião, para a compensação da vítima do dano moral. A civilização grega também se preocupou em proteger o ofendido de dano extrapatrimonial, mas diferentemente do ordenamento anterior, concedeu caráter pecuniário à indenização, afastando a vingança física e pessoal da Pena de Talião.

A ideia de reparabilidade do dano moral ganhou novos contornos no Direito Romano, tendo se consolidado, nessa civilização, a possibilidade de indenização pecuniária pelo ato lesivo à honra e à integridade da pessoa humana. Ademais, não se pode olvidar do Direito Canônico, o qual estabeleceu específica reparação aos danos morais causados.

Voltando-se para o contexto brasileiro, o Código Civil de 1916 trouxe as primeiras teses defensivas da reparabilidade do dano moral, especificamente pela interpretação de seus artigos 76, 79 e 159, cuja redação deste último dispositivo muito se assemelha à do atual artigo 186 do Código Civil. Cumprе anotar que, em razão do antigo artigo 159 não tratar expressamente do dano moral, doutrina e Jurisprudência pátrias passaram a rejeitar, enfaticamente, a possibilidade de indenização de tais danos, inclusive pelo posicionamento do Supremo Tribunal Federal.

A par do entendimento até então adotado, algumas leis especiais sobrevieram, tratando da reparação do dano extrapatrimonial, como é o caso do Código Eleitoral, da Lei de Direitos Autorais, do Código de Defesa do Consumidor, do Estatuto da Criança e do Adolescente e, a mais importante alteração, da própria Constituição Federal de 1988. A partir desse momento, todas as discussões acerca da ressarcibilidade ou não do dano moral se tornaram inócuas, visto que a Lei Maior erigiu a indenização pelo dano moral à matéria constitucional, especificamente, como direito e garantia fundamental.

Em consonância à previsão do legislador constituinte de 1988, o Código Civil de 2002 reconhece expressamente, em seu artigo 186, o instituto do dano moral e sua possibilidade de indenização, por força do artigo 927. Portanto, na atualidade, se faz totalmente possível a reparação do dano extrapatrimonial.

Tratando-se da natureza jurídica da reparação pelo dano moral, vislumbra-se uma doutrina minoritária, para quem a função única da indenização, nesse caso, é sancionadora. Para esse entendimento, a reparação pelo dano moral seria entendida como “pena civil”, a qual serviria para reprovar e reprimir a conduta levada a cabo pelo ofensor. Tal pensamento não se sustenta justamente por considerar apenas o causador do ilícito, deixando de lado a vítima da lesão.

Noutro extremo, encontra-se a doutrina que entende ser a natureza jurídica do dano moral apenas compensatória. Para essa corrente, o valor arbitrado à indenização

pelo dano extrapatrimonial não pode superar apenas o necessário a compensar o prejuízo sofrido pela vítima. Aqui, a noção de reparação pecuniária não se restringe à função de equivalência, visto ser essa finalidade atinente ao dano material, mas à função compensatória, satisfatória, uma vez que a lesão da vítima não se deu pela perda de parte de seu patrimônio, mas da ofensa a um direito personalíssimo.

Por fim, encontra-se a teoria mista entre as duas anteriormente apresentadas. Para esses doutrinadores, os quais totalizam a maioria, a natureza jurídica da reparação do dano moral é dúplex: primeiramente, a indenização possui caráter compensatório e secundariamente, possui caráter sancionador. Nesse sentido, Carlos Roberto Gonçalves salienta que, “ao mesmo tempo que serve de lenitivo, de consolo, de uma espécie de compensação para atenuação do sofrimento havido, atua como sanção ao lesante, como fator de desestímulo [...]” (2008, p. 376).

Ainda pondera Maria Helena Diniz que

a reparação pecuniária do dano moral é um misto de pena e de satisfação compensatória. Não se pode negar sua função: a) penal, constituindo uma sanção imposta ao ofensor, visando a diminuição de seu patrimônio, pela indenização paga ao ofendido, visto que o bem jurídico da pessoa – integridade física, moral e intelectual – não poderá ser violado impunemente, subtraindo-se o seu ofensor às consequências de seu ato [...] (2010, p. 109).

Dessa maneira, para tal entendimento, a indenização deve, por um lado, levar em consideração o prejuízo da vítima, materializado no aspecto compensatório e, por outro, a conduta ilícita do ofensor, materializado no aspecto sancionador. Atendendo a essa duplicidade de funções da reparação do dano moral, tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei n. 6.960/2002 (atual n. 276/2007), o qual altera o artigo 944 do Código Civil, conferindo-lhe um segundo parágrafo com a seguinte redação: “§2º: A reparação do dano moral deve constituir-se em compensação ao lesado e adequado desestímulo ao lesante”.

O equívoco existente ainda na doutrina que defende a natureza jurídica dúplex da indenização em apreço encontra-se na pouca relevância que se dá ao aspecto punitivo, levando-se em conta que, muitas vezes, apenas a compensação ao ofendido é analisada para a reparação do dano moral, esquecendo-se de sua função sancionadora.

Conforme brilhante ensinamento do professor Salomão Resedá, em dissertação sobre o tema,

acredita-se que a grande falha desta teoria encontra-se exatamente na limitada importância que se concede ao aspecto restritivo do comportamento do sujeito passivo. [...]. A indenização deve possuir um respaldo maior no seu aspecto sancionador até mesmo para servir como desestímulo, convergindo a resposta do ordenamento jurídico à conduta lesiva e injusta do autor (2008, p.198-199).

Como forma de fortalecer o aspecto punitivo, dando-lhe mais eficácia, surge, na Inglaterra, a Teoria dos *Punitive Damages*, objeto central deste estudo.

4 Teoria dos Punitive Damages: origem, evolução e principais aspectos

A expressão *Punitive Damages*, surgida em meados do século XVIII, no direito inglês e, posteriormente, mais bem desenvolvida no direito norte-americano, traduz a ideia de “indenização punitiva”. Também chamados de *exemplary damages*, os *Punitive Damages* implicam a majoração da indenização conferida ao ofendido, para além de sua compensação, tendo em vista a função punitiva da reparação, especificamente, quanto ao dano moral causado.

Nas palavras de Rodrigo Pereira Ribeiro de Oliveira,

conhecidos também por *exemplary damages*, *vindictive damages*, *added damages* ou *presumptive damages*, os *Punitive Damages* consistem no montante a ser conferido ao autor de uma ação indenizatória, valor esse distinto ao da compensação do dano gerado, ou seja, distinguindo-se dos *compensatory damages*, especialmente quando o dano é decorrente de um comportamento lesivo marcado por grave negligência, malícia ou opressão (2012, p. 31).

Imperioso destacar que os *Punitive Damages* consubstanciam-se em duas funções: a punitiva, já citada neste trabalho, vez que ao acrescentar à indenização valor superior à compensação da vítima, pretende-se punir, sancionar o ofensor pela prática do ato ilícito, inibindo-o a cometer novamente tal conduta danosa. A segunda função é a desestimuladora, razão pela qual muitos doutrinadores denominam a Teoria ora em apreço de “Teoria do Desestímulo”. Dessa maneira, ao arbitrar alto valor de indenização pela conduta ofensiva, pretende-se desestimular a prática de novos comportamentos similares, mostrando à sociedade que atos como aquele não são tolerados e, por sua vez, são severamente punidos.

Nessa ordem de ideias, Salomão Resedá ressalta que,

sendo assim, diante dessa estruturação, conceitua-se o *punitive damage* como sendo um acréscimo econômico na condenação imposta ao sujeito ativo do ato ilícito, em razão da sua gravidade ou reiteração, que vai além do que se estipula como necessário para compensar o ofendido, no intuito de desestimulá-lo, além de mitigar a prática de comportamentos semelhantes por parte de potenciais ofensores, no intuito de assegurar a paz social e consequente função social da responsabilidade civil (2008, p. 230-231).

Uma vez delimitados os contornos da Teoria dos *Punitive Damages* e de sua consequência, passa-se à apreciação do surgimento e da evolução histórica do instituto no direito comparado, especialmente nos países da *common law*.

A expressão *Punitive Damages* foi utilizada pela primeira vez em 1763, na Inglaterra, nos casos *Huckle v. Money* e *Wilkes v. Wood*. Em ambos os casos, o que se vislumbrou foi a prática de um ato ilícito, violador do direito de ir e vir, de forma ultrajante, maliciosa, opressora e fraudulenta. Dessa maneira, percebe-se que a ideia de indenização punitiva, capaz de elevar o *quantum* indenizatório, visando o desestímulo da conduta perpetrada, surgiu no século XVIII, no continente europeu, sendo aplicada

pelo Tribunal do Júri naqueles casos de grave violação a um direito fundamental do ofendido (RESEDÁ, 2008).

Atualmente, ainda existe, no direito inglês, grande deferência à aplicação da Teoria dos *Punitive Damages* pelo Júri. Porém, como nos esclarece Rodrigo Pereira Ribeiro de Oliveira, o país passou a assegurar “um maior poder à Corte de Apelação para revisar e alterar os montantes concedidos pelo júri, em resposta ao crescente número de casos envolvendo *Punitive Damages* de valores excessivamente desproporcionais” (2012, p. 37).

Apesar de surgida na Inglaterra, a Teoria dos *Punitive Damages* foi consolidada e amplamente aplicada no direito norte-americano. O primeiro caso que se tem conhecimento de aplicação da indenização punitiva nos Estados Unidos data do ano de 1791, no *leading case Coryell v. Colbough*, o qual discutia o não cumprimento de promessa de casamento (RESEDÁ, 2008). Não obstante, foi na década de 60 que a aplicação dos *Punitive Damages* pelos Tribunais sofreu enorme crescimento. As três décadas que se seguiram foram marcadas por inúmeras demandas coletivas, as quais visavam à reparação dos denominados *torts* (danos), causados em detrimento da sociedade e as quais pugnavam pela aplicação da indenização punitiva de alto valor.

Inspirados no direito inglês, os norte-americanos também mantiveram a competência do Tribunal do Júri, formado por cidadãos leigos, para análise do cabimento e quantificação da indenização nos ditames dos *Punitive Damages*. Porém, diferentemente do ocorrido na Inglaterra, os estadunidenses ampliaram a aplicação dos *Punitive Damages* para abranger não apenas as relações em que envolviam malícia ou negligência grosseira, mas também nos casos de responsabilidade objetiva, atingindo sobremaneira as relações das grandes empresas fornecedoras com seus consumidores, além da incidência sobre algumas relações contratuais (RESEDÁ, 2008).

Atualmente, a maioria dos estados norte-americanos admite a aplicação da indenização punitiva, alguns, inclusive, por expressa previsão legal, como é o caso da Califórnia. Apesar disso, como bem nos mostra Rodrigo Pereira Ribeiro de Oliveira, “cinco não admitem tal sistema, quais sejam: Louisiana, Nebraska, New Hampshire, Massachusetts e Washington” (2012, p. 34). Por tal número, percebe-se que a aplicação da Teoria dos *Punitive Damages*, nos Estados Unidos, é indiscutível.

Nessa ordem de ideias, curioso citar os casos de indenizações milionárias decorrentes da aplicação da Teoria dos *Punitive Damages*. Ao longo da história do direito privado norte-americano, é possível vislumbrar inúmeros casos em que, pela aplicação dos *Punitive Damages*, as indenizações chegaram a patamares de milhões de dólares. Dentre eles destaca-se o conhecido caso *Mc Donald's Coffee Case*, datado de 1992, no qual foi arbitrado a título de *punitive damages* indenização na ordem de US\$540.000,00 (RESEDÁ, 2008, p. 248 e 249), em decorrência de grave queimadura de café sofrida por cliente da rede de *fast food*.

Assim, pela aplicação da Teoria dos *Punitive Damages*, o que se vislumbrou nos Estados Unidos foi a fixação de enormes valores indenizatórios, tendo, por consequência, o surgimento de inúmeras demandas pautadas na referida Teoria, sendo que, em muitas delas, o que se percebia era o abuso dos demandantes, uma vez que inventavam situações ensejadoras de indenização milionária, transformando as Cortes

Judiciais em verdadeiras loterias. Tal comportamento vem sendo alterado pelos Tribunais norte-americanos, ante aos absurdos indenizatórios ocorridos.

Analisando-se a literatura civilista norte-americana, datada da década de 90, encontram-se inúmeros casos de indenizações extremamente volumosas, justificadas pelos *Punitive Damages*, o que provocou, em alguns juristas americanos, sérias preocupações quanto às estrondosas indenizações, fazendo com que muito se repensasse sobre os parâmetros adotados para tal punição. Decorrência dessa nova postura é o fato que se passa a relatar, conhecido mundialmente como caso *Gore v. BMW* (OLIVEIRA, 2012).

Em 1992, no estado do Alabama, o Sr. Ira Gore comprou um automóvel BMW *sports sedan*, pagando o valor de US\$40.000,00. Cerca de nove meses após a realização da compra, levou seu carro a uma oficina especializada para que fosse feito o polimento de seu veículo e obteve a informação de que seu carro havido sido repintado antes mesmo de sair da fábrica. Inconformado com o fato e convencido de que havia sido enganado, Gore ajuizou ação contra a empresa *BMW of North America*, alegando fraude por parte da distribuidora de automóveis.

No transcorrer do processo, a empresa ré confirmou que desde 1983 adotava a seguinte política em relação aos danos causados nos veículos novos durante a montagem ou transporte: se o dano causado representasse valor superior a 3% do preço sugerido para a venda, o carro era vendido como usado; por outro lado, se os danos ocorridos fossem inferiores a 3%, o carro era repintado e vendido como novo, sem advertir que qualquer reparo fora realizado. No caso específico do autor, comprovou-se que o dano que seu carro sofreu no processo de montagem e transporte foi de 1,5%, alegando, a empresa, que não estaria, então, obrigada a revelar a repintura realizada.

Além disso, também restou provado nos autos que o valor de um BMW usado é 10% menor que o valor de um novo, o qual foi pago pelo demandante, observando claro prejuízo. Ademais, o autor conseguiu provar que desde 1983 a empresa ré vendeu 983 veículos repintados como se novos fossem, sem revelar tal situação aos revendedores.

Considerando todo o exposto no processo, o Júri condenou a empresa ré ao pagamento de US\$4.000,00 a título de *compensatory damages*, valor correspondente à depreciação de 10% do valor do veículo em razão do reparo realizado e US\$4.000.000,00 em *punitive damages*, por entenderem, os jurados, que a postura da empresa de não revelar os reparos realizados configurou conduta maliciosa e fraudulenta. Apesar do altíssimo valor de *Punitive Damages* arbitrado pelos jurados, a Suprema Corte americana reduziu tal valor a US\$2.000.000,00, por entender ter sido o primeiro valor extremamente abusivo e desproporcional. Ao final, a Suprema Corte do Alabama reduziu ainda mais o *quantum* indenizatório ao patamar de US\$50.000,00 a título de *Punitive Damages*, seguindo o novo entendimento dos Tribunais, já aventado anteriormente neste trabalho, de aplicação da proporcionalidade aos valores de reparação por aplicação da indenização punitiva.

Atualmente, mesmo sendo amplamente aplicada e consolidada nos Estados Unidos, muitos juristas norte-americanos têm questionado a validade da Teoria dos *Punitive Damages* em seu ordenamento jurídico, principalmente sob o argumento de

que a falta de padrões ao estabelecimento das indenizações e do que efetivamente se considera punitivo gera insegurança jurídica, ocasionada pelo subjetivismo característico das decisões do Tribunal do Júri. Ademais, questionam a validade de tal instituto ante as Emendas Oitava e Décima da Constituição, que tratam, respectivamente, da proibição de sanções excessivas aos condenados e do princípio do *in dubio pro reo*.

Não se pode olvidar do argumento do enriquecimento sem causa da vítima, ante as inúmeras indenizações absurdamente altas, como vislumbrado no caso Gore. Apesar de tais vozes dissonantes, ainda nos Estados Unidos se mostra totalmente possível a aplicação da referida Teoria, vez que o que tem sido buscado pelos juristas, mesmo pelos que levantam tais argumentos, é a pacificação e uniformização dos parâmetros utilizados para a fixação da indenização punitiva, mas não sua extinção. É nesse contexto que surgem os requisitos para a aplicação da indenização punitiva a serem analisados em momento oportuno. Dessa forma, a Teoria dos *Punitive Damages* ainda tem força no direito norte-americano, sob o argumento de maior proteção à vítima, punição exemplar ao ofensor e desestímulo à sociedade.

Por fim, cabe acrescentar que países da *civil law*, como Itália, Alemanha, França e Portugal, também aceitam a aplicação da Teoria dos *Punitive Damages* em seu ordenamento jurídico, ressaltando que a noção de indenização punitiva não se restringe aos países do sistema da *common law*, como no caso da Inglaterra e dos Estados Unidos.

5 Aplicação da Teoria dos *Punitive Damages* à realidade brasileira

5.1 As divergências doutrinárias e jurisprudenciais sobre o tema

A partir da análise dos posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais pátrios, constata-se que a maioria dos juristas brasileiros entende pela dupla natureza da reparação advinda do dano moral, ou seja, a indenização presta-se à compensação da vítima e à punição do ofensor. Porém, em que pese tal aceitação, os Tribunais brasileiros ainda continuam resistentes à fixação de alto valor indenizatório, especificamente em relação ao caráter sancionador, principalmente sob o argumento do enriquecimento sem causa da vítima e do estímulo à conhecida “indústria do dano moral”.

Nesse ponto, cumpre destacar a doutrina contrária à aplicação da Teoria dos *Punitive Damages* no direito brasileiro. Como teses principais, essa corrente traz à baila as seguintes questões: o primeiro argumento restringe-se à ideia de que a indenização pela aplicação da referida Teoria revestir-se-ia de um caráter penal, posto que funcionaria como uma hipótese de “pena civil”. Nesse contexto, haveria a quebra da dicotomia direito público e direito privado, já que o Direito Civil é eminentemente ramo do direito privado e o Direito Penal parte do direito público. Além disso, para tais doutrinadores, a função de aplicação de pena é destinada ao Direito Penal e não à seara Civil, que deverá se preocupar apenas com a compensação dos danos morais causados, não se adentrando ao fato de que a função de punição afeta a legislação criminal.

Como segundo argumento contrário à Teoria dos *Punitive Damages*, posiciona-se parte da doutrina no sentido de que a indenização punitiva, por assemelhar-se à penalidade do Direito Penal, violaria o Princípio da Legalidade, conhecido como *nulla poena sine lege*, inserto no artigo 5º, XXXIX, da Constituição Federal. Nesse sentido, não poderia, o julgador, arbitrar alto valor indenizatório com fins à punição do ofensor, uma vez que tal penalidade não está previamente prevista em lei. Posiciona-se, dessa maneira, Humberto Theodoro Júnior:

se não existe lei alguma que tenha previsto pena civil ou criminal para o dano moral em si mesmo, ofende a Constituição a sentença que exacerbar a indenização, além dos limites usuais, sob o falso e injurídico argumento de que é preciso punir o agente exemplarmente, para desestimulá-lo de reiterar em semelhante prática (*apud* OLIVEIRA, 2012, p. 60).

No mesmo sentido, entendendo serem os *Punitive Damages* afronta ao Princípio da Reserva Legal, garantido pela Constituição Federal, Luísa Ferreira Vidal e Marcelo Oliveira Milagres:

a admissão da pena civil nesse cenário, sem qualquer parâmetro para sua incidência e estipulação pela atual redação do Código Civil, ensejaria violação ao princípio da reserva legal consagrado no art. 5º, XXXIX, da CF/1988. Para que fosse possível a indenização punitiva seria necessário respaldo legal (MILAGRES; VIDAL, 2014, [s.p]).

Seguindo o mesmo entendimento, posicionando-se pela impossibilidade de aplicação da indenização punitiva no Direito brasileiro, Pedro Henrique C. Fonseca:

no Brasil, a jurisprudência, em massa, tem justificado e fundamentado condenações em responsabilidade civil, levando em consideração a função punitiva e preventiva. Trata-se de uma análise sem observação técnica do instituto da responsabilidade civil, em vista da impossibilidade de adequação do sistema de aplicação da teoria dos *punitive damages* à ausência de permissão legal para aplicação da função punitiva. A *civil law* não absorveu de forma técnica os danos punitivos no Brasil. Mesmo levando em consideração a conduta do ofensor como fator de identificação de danos, principalmente o dano moral, há impossibilidade técnica para aplicar a teoria (FONSECA, 2014, p. 129 - 130).

Ademais, argumenta a referida doutrina contrária que a aceitação dos *Punitive Damages*, no ordenamento jurídico brasileiro, não seria afronta apenas ao estabelecido constitucionalmente, mas também ofensa à legislação infraconstitucional, especificamente o artigo 944 do Código Civil, o qual estabelece as bases para fixação do *quantum* indenizatório, sem mencionar a função punitiva como forma de mensurar a reparação do dano. Assim se posiciona Eduardo Henrique de Oliveira Yoshikawa:

a solução, portanto, não é prefixar o valor do dano moral (ou tarifá-lo), mas simplesmente afastar o seu caráter supostamente punitivo, com o que já se estará cumprindo o disposto no art. 5º, XXXIX, da CF/1988. Poucos parecem ter se dado

conta, no entanto, de que o caráter punitivo da indenização do dano moral (ou melhor, de qualquer indenização) também se revela incompatível com o direito infraconstitucional brasileiro, uma vez que foi expressamente proscrito pelo art. 944, caput, do CC/2002: "A indenização mede-se pela extensão do dano" (YOSHIKAWA, 2008).

Trazendo também o argumento ora em comento, para negar aplicação da Teoria no ordenamento jurídico brasileiro, Luísa Ferreira Vidal e Marcelo Oliveira Milagres:

[...] entendemos que o art. 944 do CC/2002 não permite que o valor das indenizações supere a extensão do dano sofrido. Assim, por maior que seja o montante da indenização, variável conforme a amplitude do dano, ela deve guardar função apenas reparatória/compensatória, como resposta à coletividade vítima do ilícito. A cobrança de parcela punitiva do ofensor, além da compensação do dano, configuraria grave afronta ao art. 944, esse sim, indiscutivelmente taxativo quanto à mensuração das indenizações no âmbito da responsabilidade civil (MILAGRES; VIDAL, 2014, [s.p]).

Nessa ordem de ideias, Wesley de Oliveira Louzada Bernardo se posiciona contra a aplicação da Teoria, argumentando que a indenização punitiva não se coaduna com a noção de responsabilidade civil por ato de terceiro, já que a "pena" não pode passar da pessoa do condenado (*apud* RESEDÁ, 2008, p. 281). Além disso, alguns doutrinadores destacam a possibilidade de, em certos casos, haver punição civil e criminal, como na hipótese da prática de ilícitos penais, sendo que a indenização punitiva provocaria *bis in idem*, vedado pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Ainda existem os que se posicionam contrariamente à aplicação dos *Punitive Damages*, por entender que a fixação de altos valores indenizatórios provocaria o fomento à "indústria do dano moral" e consequente enriquecimento sem causa do ofendido, transformando o Poder Judiciário em verdadeira loteria e confrontando claramente o que dispõe o Código Civil acerca da boa-fé. Assim entende Maria Celina Bodin de Moraes:

o nosso sistema não deve adotá-lo [função punitiva], entre outras razões, para evitar a chamada loteria forense; impedir ou diminuir a insegurança e imprevisibilidade das decisões judiciais; inibir a tendência hoje alastrada da mercantilização das relações existenciais (*apud* OLIVEIRA, 2012, p. 61).

Seguindo o entendimento esposado pela Ilustre doutrinadora, o Egrégio Superior Tribunal de Justiça já decidiu pela impossibilidade de aplicação dos *Punitive Damages* no Brasil, tendo em vista o que dispõe o artigo 884, do Código Civil, o qual veda expressamente o enriquecimento sem causa. Dessa maneira, para o Superior Tribunal,

[...] a aplicação irrestrita das "punitive damages" encontra óbice regulador no ordenamento jurídico pátrio que, anteriormente à entrada do Código Civil de 2002, vedava o enriquecimento sem causa como princípio informador do direito e após a

novel codificação civilista, passou a prescrevê-la expressamente, mais especificamente, no art. 884 do Código Civil de 2002. (AgRg no Ag 850.273/BA, Rel. Ministro HONILDO AMARAL DE MELLO CASTRO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/AP), QUARTA TURMA, julgado em 03/08/2010, DJe 24/08/2010).

No mesmo sentido, já decidiu o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, em Apelação Cível de relatoria do Exmo. Des. Barros Levenhagen, o qual em seu voto deixou claro o entendimento de que o Direito brasileiro não adotou a técnica dos *Punitive Damages*, considerando-a própria do sistema anglo-saxão da *common law*. Ao final, restou adotada a corrente que entende ser o caráter da indenização apenas pedagógica e compensatória (TJMG – Apelação Cível 1.0596.10.006346-7/001, Rel. Des. Barros Levenhagen, 5º Turma Cível).

Por outro lado, destaca-se a maioria da doutrina que entende ser possível a aplicação da Teoria dos *Punitive Damages* quando se trata da indenização decorrente de dano moral. Para tais doutrinadores, a função punitiva é de extrema importância no momento da fixação da indenização, tendo-se em vista a necessidade de sancionar o autor do dano por seu ato ilícito, para que não volte a praticá-lo, e o desestímulo provocado na sociedade para que entenda que atos como o praticado não são tolerados pelo ordenamento. Na lição do ilustre Salomão Resedá, “ao imputar um valor além daquele voltado a compensar a vítima não significa simplesmente punir o ofensor. Muito mais do que isso, ele é o caminho adotado pelo ordenamento para desestimular novas práticas desta conduta” (2008, p. 283 - 284).

Rebatendo as teses apresentadas pela corrente que rejeita os *Punitive Damages*, a doutrina que a aceita entende que não há que se falar em “pena civil” e muito menos em quebra da dicotomia público e privado. Mais uma vez o posicionamento do jurista baiano mostra que,

assim, por afastar-se do âmbito penal, ainda que num grau menor do que em outras áreas do direito civil, o *punitive damages* não pode ser considerado como uma pena. Ela não é uma pena civil, mas sim um acréscimo concedido à indenização em razão dos danos morais para apresentar ao ofensor a reprovabilidade social (RESEDÁ, 2008, p. 284).

Uma vez defendida a ideia de que a indenização punitiva não se reveste do caráter de pena, mas de acréscimo concedido em razão da reprovabilidade da conduta, para os que entendem pela possibilidade dos *Punitive Damages* no direito brasileiro, os argumentos de que tal Teoria fere a legalidade exigida pelo Direito Penal, prevista na Constituição e de que se trata de *bis in idem*, não se sustentam, tendo em vista se tratar de instituto civil, não se aplicando as regras quanto à sanção penal.

A doutrina defensora dos *Punitive Damages* ainda elenca inúmeras hipóteses previstas pelo legislador de 2002 que possuem nítido caráter sancionador, dentre elas a cláusula penal, os juros de mora, o pagamento em dobro, a restituição em dobro e as *astreintes* (OLIVEIRA, 2008), não havendo razão, portanto, àqueles que rechaçam a ideia de aplicação da indenização punitiva por argumentarem ser esta de natureza

penal. A própria Lei Civil prevê casos em que semelhante punição ocorrerá, não havendo justificativa para a não aplicação da referida Teoria.

Especificamente em relação à ideia de *bis in idem*, nas hipóteses em que houver sanção penal e civil, Nelson Rosenvald obtempera que

este dado [função punitiva da indenização] não suprime a sua constitucionalidade, pois as instâncias cível e penal não são excludentes, mas acarreta ao magistrado o dever de reduzir o seu *quantum*, ou, do juiz criminal reduzir a pena (2013, p. 217).

Ademais, a doutrina que sustenta a aplicação da referida Teoria rebate o argumento do enriquecimento sem causa, propondo a possibilidade de destinar a indenização a título punitivo a fundos criados especificamente para tanto ou mesmo destinar-se a instituições beneficentes. Dessa maneira, o dinheiro não iria para as mãos do ofendido, não se falando em enriquecimento sem causa e o ofensor seria devidamente punido. Sobre o enriquecimento sem causa, frisa Salomão Resedá que “o seu objetivo [do *punitive damages*] não é enriquecer a vítima, mas sim desestimular o agressor a reiterar em condutas semelhantes e, também, apresentar aos demais (potenciais ofensores) a rejeição social àquele comportamento” (2008, p. 283).

Da mesma maneira, Nelson Rosenvald posiciona-se contrário à tese de que os *Punitive Damages* provocariam enriquecimento sem causa do ofendido, vez que, para ele, “não se pode cogitar de locupletamento ilícito quando o montante destinado à vítima é proveniente de uma decisão judicial. Esta é a justa causa de atribuição patrimonial” (2013, p. 196).

Além disso, o Ilustre doutrinador apresenta solução equânime, a fim de elidir questionamentos quanto ao que a vítima deve ou não receber a título de *Punitive Damages*. Nesse sentido, entende que “quando constatada a natureza imediatamente difusa de danos em ações individuais, 75% do valor deva ser destinado a Fundos especificamente destinados à proteção de interesses difusos e 25% ao particular” (ROSENVALD, 2013, p. 199). Assim, não haveria que se falar em enriquecimento sem causa da vítima.

Por conseguinte, pugna referida doutrina pela liberdade do julgador em analisar, no caso concreto, os elementos necessários à caracterização de situação justificadora dos *Punitive Damages*, agindo de maneira justa e imparcial, a partir de critérios de razoabilidade e proporcionalidade, além da fundamentação da decisão, conforme determina o artigo 93, IX, da Magna Carta. Dessa maneira, tentar-se-ia evitar a má-fé de determinadas pessoas que se valem do Poder Judiciário para se enriquecer à custa dos outros.

Rebatendo os argumentos colecionados pela doutrina contrária aos *Punitive Damages* no Direito brasileiro, a corrente favorável entende que a sua aplicação não ofende os dispositivos previstos nem na Constituição Federal nem no Código Civil. Por outro lado, defende a referida teoria que o próprio artigo 944 da Lei Civil, em seu parágrafo único, justifica o emprego da indenização punitiva no ordenamento jurídico brasileiro. Para tanto, se é possível analisar o comportamento do ofensor a fim de reduzir a indenização arbitrada, não haveria óbice para tal análise com o fito de

aumentar o valor da reparação, ante a alta reprovabilidade de sua conduta. Na lição de Nelson Rosenvald,

em simetria, este mesmo cuidado com a avaliação do comportamento do ofensor, no cotejo com modelos de comportamento ideais esperados pelo ordenamento, poderá resultar em uma aferição concreta quanto ao intencional proceder do agente – ou o seu absoluto desprezo pelas regras de cautela -, no exercício da atividade que desencadeou danos. É legítimo do ponto de vista constitucional que a medida da condenação supere o dano concretamente sofrido pela vítima (2013, p. 170).

Na mesma linha de ideias, Tauanna Gonçalves Vianna diz que

[...] a indenização punitiva encontra suporte no próprio art. 944 do Código Civil, uma vez que este, ao tratar da extensão do dano, também abrange o chamado dano social, que é aquele que extrapola a esfera individual da vítima e repercute negativamente sobre toda a sociedade, posição com a qual concordamos. [...] Ante o exposto, constata-se que a indenização punitiva, se adequadamente utilizada, consiste num importante instrumento social (2014, [s.p]).

Adotando o mesmo posicionamento, o Enunciado 379 do Conselho de Justiça Federal, aprovado na IV Jornada de Direito Civil, preleciona que o art. 944, *caput*, do Código Civil não afasta a possibilidade de se reconhecer a função punitiva ou pedagógica da responsabilidade civil (AGUIAR JÚNIOR, 2006).

É por essa razão que, para a corrente favorável à Teoria, não se sustenta a tese que justifica a não aplicação dos *Punitive Damages* no Direito brasileiro por seu modelo adotado, qual seja o da *civil law*. Entende a referida doutrina que, na atual dinâmica por que passa o Direito, ou seja, o do neoconstitucionalismo e o da aplicação imediata dos princípios constitucionais, não é razoável que se negue aplicação à Teoria em estudo sob o argumento de que a majoração da indenização com base na punição não está prevista em lei.

Nesses termos, a indenização punitiva é instituto da seara civil, a qual não se submete às regras de estrita legalidade pertinentes ao Direito Penal. Dessa maneira, por tal posicionamento, não se pode argumentar que o que não está previsto em lei não merece aplicação, já que os princípios constitucionais e infraconstitucionais justificam seu acolhimento. Não se pode olvidar que, no próprio Direito brasileiro, tem-se adotado teorias não previstas pelo legislador, como é o caso da Teoria da Perda de uma Chance (FARIAS; ROSENVALD, 2012), que foi construída pela doutrina e que tem ganhado força nos Tribunais Superiores.

Além disso, como mencionado alhures, alguns países da *civil law* têm adotado o instituto dos *Punitive Damages*, o que, mais uma vez, não sustenta o argumento de que a indenização punitiva não se coaduna à noção do direito romanístico, vez que, cada vez mais, o que se busca é a proteção da dignidade da pessoa humana e o alcance à ideia de justiça social. Ensina-nos Nelson Rosenvald que

as nações da *common law* recorrem à legislação, assim como os Estados filiados ao *civil law* concedem paulatina importância à construção do direito pelos tribunais e pelos costumes. Instrumentos e modelos jurídicos podem ser cambiados – obviamente com as devidas cautelas de adequação aos ordenamentos – como forma de contribuição para a edificação de um direito privado capaz de aliar a justiça e a eficiência (2013, p. 139 - 140).

Defendendo a função punitiva da indenização por dano moral, Caio Mário da Silva Pereira afirma que

o fulcro do conceito ressarcitório acha-se deslocado para a convergência de duas forças: ‘caráter punitivo’ para que o causador do dano, pelo fato da condenação, se veja castigado pela ofensa que praticou; e o ‘caráter ressarcitório’ para a vítima, que receberá uma soma que lhe proporcione prazeres como contrapartida do mal sofrido (*apud* OLIVEIRA, 2012, p. 56 - 57).

O Ilustre doutrinador Orlando Gomes também se posiciona pela dupla função do ressarcimento pelo dano moral: a de punição/expiação do culpado e de satisfação da vítima (2002).

Nesse sentido, Carlos Alberto Bittar acrescenta que

[...] a indenização por danos morais deve traduzir-se em montante que represente advertência ao lesante e à sociedade de que não se aceita o comportamento assumido ou o evento lesivo advindo. Consubstancia-se, portanto, em importância compatível com o vulto dos interesses em conflito, refletindo-se, de modo expressivo, no patrimônio do lesante, a fim de que sinta, efetivamente, a resposta da ordem jurídica aos efeitos do resultado lesivo produzido (1994, p. 220).

Ainda Yussef Said Cahali salienta que “a indenizabilidade do dano moral desempenha uma função tríplice: reparar, punir, admoestar ou prevenir” (1998, p. 175).

Para Rodrigo Pereira Ribeiro de Oliveira, “a adoção do valor do desestímulo sobre a indenização imposta possibilita a conscientização do ofensor de que aquela conduta perpetrada é reprovada pelo ordenamento jurídico, de tal sorte que não volte a reincidir no ilícito” (2012, p. 91).

No mesmo sentido, Salomão Resedá entende que,

diante destas prerrogativas, indiscutivelmente, chancela-se o posicionamento segundo o qual o *punitive damage* deve ser impresso com incontestável destaque no universo jurídico brasileiro. A realidade cotidiana não pode ser ignorada: inúmeros são os pleitos que versam sobre comportamentos ofensivos a direitos da personalidade. Ao Poder Judiciário, por sua vez, cumpre o dever de conferir uma resposta plausível a estes anseios, efetivando-se com isso a determinação Constitucional constante em seu art. 1º, o que somente poderia ser concretizado a partir da inserção da prevenção e do caráter exemplificativo decorrente do *exemplary damage* (2008, p. 304).

Por fim, Nelson Rosenvald conclui que

o tecido social brasileiro se esgarça. As relações interprivadas se amesquinham, com a proliferação de condutas maliciosas. Por qual motivo devemos negar a adequação da responsabilidade civil à sociedade em que estamos inseridos? A diretriz da eticidade que norteia o Código Civil não pode se transformar em letra morta no universo dos atos ilícitos (2013, p. 224).

Seguindo a doutrina favorável aos *Punitive Damages*, o Excelso Supremo Tribunal Federal já reconheceu o caráter punitivo do dano moral, elevando o *quantum* indenizatório arbitrado pelo dano moral sofrido, para que se atendessem às finalidades punitiva, pedagógica e compensatória (ARE 641487 ED, Relator(a): Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 26/02/2013, DJe, divulgado em 20-03-2013; publicado em 21-03-2013).

No mesmo sentido, o Egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais decidiu, em sede de Apelação Cível, em Ação de Indenização por Danos Morais, que, no momento de quantificação do dano moral, deve-se levar em consideração a noção de sanção ao lesado, nos seguintes termos:

para a fixação dos danos morais levam-se, em conta, basicamente, as circunstâncias do caso, a gravidade do dano, a situação do lesante, a condição do lesado, preponderando, a nível de orientação central, a ideia de sancionamento ao lesado (ou *punitive damages*, como no direito norte-americano); Recurso não provido. (TJMG - Apelação Cível 1.0534.09.014071-4/001, Relator (a): Des.(a) Domingos Coelho, 12ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 06/07/2011, publicação da súmula em 12/07/2011)

Por todo o exposto, forçoso reconhecer que a maioria da doutrina e Jurisprudência posiciona-se favorável à aplicação da Teoria dos *Punitive Damages*, bastando que se ajustem as previsões do direito alienígena à realidade brasileira, ajustes esses propostos pela própria corrente que defende a indenização punitiva.

5.2 Requisitos para a correta aplicação dos *Punitive Damages*

Justamente para tentar evitar indenizações desproporcionais e para que se atinja o real objetivo do instituto, qual seja a punição do ofensor, é que a doutrina estabelece alguns parâmetros para a mais tranquila aplicação da Teoria dos *Punitive Damages*, concluindo por sua viabilidade de incidência ou não. Passa-se à apreciação de cada um deles, elencados por Salomão Resedá em trabalho sobre o tema.

O primeiro requisito para análise e aplicação da Teoria é a conduta reprovável. É preciso que o comportamento do ofensor seja grave e reprovável. Nas palavras do mestre baiano, “a conduta deve ser particularmente reprovável na medida em que é exatamente este grau de rejeição que irá funcionar como a mola propulsora para a imposição de uma indenização punitiva” (2008, p. 262).

Então, condutas dolosas, maliciosas, fraudulentas, opressoras e moralmente culpáveis são facilmente identificáveis como passíveis de punição pelos *Punitive Damages*. Não se quer dizer, porém, que a responsabilidade objetiva, ou seja, a que não

depende da prova de culpa, não pode ser abarcada pelos *Punitive Damages*, haja vista que, embora inexistir prova da culpa, a conduta do agente pode se revestir da reprovabilidade necessária (RESEDÁ, 2008). Ademais, é preciso destacar que o comportamento gravoso realizado de maneira reiterada é mais um motivo para aplicação do referido instituto, vez que carregado de má-fé e reprovabilidade.

Dessa maneira, conclui Sérgio Cavalieri Filho que

a indenização punitiva do dano moral deve ser também adotada quando o comportamento do ofensor se revelar particularmente reprovável – dolo ou culpa grave – e, ainda, nos casos em que, independentemente de culpa, o agente obtiver lucro com o ato ilícito ou incorrer em reiteração da conduta ilícita (2009, p. 95).

Cumprido salientar que as condutas consideradas de pequena monta ou de pouca gravidade, como nos casos de culpa mínima, por exemplo, não caberá aplicação da referida Teoria, tendo em vista a ausência do requisito da reprovabilidade e reiteração do comportamento. Caberá ao magistrado analisar, de forma fundamentada, baseado na razoabilidade e proporcionalidade, se determinada conduta levada à sua apreciação cumpre ou não o requisito ora em discussão.

O segundo requisito que deve se levar em consideração é a função pedagógico-desestimuladora dos *Punitive Damages*. No momento de sua incidência, não se analisará apenas o dano sofrido pela vítima e a sua necessária compensação, mas também o comportamento do ofensor e a punição de sua conduta, a fim de desestimulá-lo a novas práticas ilícitas. Conclui Salomão Resedá que, “em assim sendo, o *Punitive Damages* estaria apto a desenvolver a função de desestímulo aliado ao caráter pedagógico de evitar que sejam reiterados atos considerados nocivos à sociedade ou gravosos a ela” (2008, p. 265).

O terceiro parâmetro a ser analisado diz respeito às próprias características do ofensor. Assim, sua repercussão social e condição financeira influenciarão diretamente no momento da análise de fixação da indenização punitiva. O que se vislumbra é a maior atenção que se dá à figura do ofensor do que do próprio ofendido, já que o objetivo principal aqui é a punição de sua conduta. Nesse diapasão, nos esclarecem Luísa Ferreira Vidal e Marcelo de Oliveira Milagres que

a pena civil guardará caráter repressivo e pedagógico e deverá ser cominada conforme as especificidades do ofensor. Para que esse seja punido e desestimulado à realização de novos ilícitos, o direito deve lhe atingir na medida da sua condição patrimonial. Assim, quanto mais ou menos abastado for o autor do ilícito, maior ou menor será o valor da pena, respectivamente (MILAGRES; VIDAL, 2014, [s.p]).

Por fim, o último requisito que urge analisar é o próprio ofendido. Porém, diferentemente da noção de compensação da vítima, em que se olha primordialmente para sua condição, na indenização punitiva, o ofendido não deve ser avaliado em primeiro plano, uma vez que a função aqui perpetrada é de punição do ofensor. Nos ensinamentos de Salomão Resedá,

em assim sendo, o individual deve merecer atenção necessária, porém não figurar como a mola mestra para justificar a aplicação do *exemplary damage*. Muito mais do que isso, o coletivo é a pedra de toque para a sua chancela, na medida em que a proteção singular conferida pela responsabilidade civil deve estar configurada no seu caráter compensatório e não no instituto em questão (2008, p. 268).

Cumprido ressaltar que a vítima não será esquecida pela aplicação da Teoria em apreço, porém não será entendida como o centro da análise para fixação da indenização.

Estabelecidos os pressupostos de análise para aplicação da Teoria dos *Punitive Damages*, passa-se à apreciação da adequação de tal instituto ao ordenamento jurídico brasileiro, ante o que dispõe a Constituição Federal e o Código Civil.

5.3 Adequação à realidade brasileira, à luz da Constituição Federal e do Código Civil

A doutrina que defende a aplicação da Teoria dos *Punitive Damages* elenca algumas adequações a serem realizadas a fim de compatibilizá-la ao ordenamento jurídico brasileiro, ante o que dispõe a legislação pátria. Além disso, a própria doutrina que reconhece a impossibilidade de aplicação da indenização punitiva entende ser a mesma cabível, desde que se proceda a algumas alterações em nosso ordenamento para que se adéque ao direito pátrio. Assim se posicionam Luísa Ferreira Vidal e Marcelo de Oliveira Milgares (2014).

Bem observa Tauanna Gonçalves Vianna, ao concluir que,

a importação disforme dos *punitive damages* resultou na criação de uma "espécie bizarra de indenização" (SCHREIBER, 2009, p. 205), do que decorrem duas sérias consequências. A uma, gera-se insegurança às partes litigantes, pois não há uma identificação clara da medida em que o dano moral está sendo compensado, e da medida em que se está punindo o ofensor, o que afeta não só a destinação da parcela punitiva, [...] mas o próprio caráter didático da condenação. A duas tem-se que, ao inserir a indenização punitiva dentro de uma modalidade de reparação essencialmente compensatória, a parcela adicional recebida pela vítima, a título de punição do ofensor, pode ser encarada como enriquecimento sem causa, entendido como vantagem indevidamente auferida, passível de restituição, nos termos dos arts. 884 e ss. do Código Civil (VIANNA, 2014, [s.p]).

É nesse sentido e para evitar que tais consequências ocorram que a doutrina elenca as alterações necessárias a serem realizadas na Teoria, para que possa ser aplicada pelo Direito brasileiro. A primeira adequação a ser feita é quanto à competência para fixação da indenização punitiva. Como visto alhures, nos países da *common law*, principalmente nos Estados Unidos, a valoração e quantificação dos *Punitive Damages* são feitas pelo Tribunal do Júri, composto por jurados leigos. Ocorre que, no Brasil, por expressa disposição constitucional (artigo 5º, XXXVIII, CRFB/88), a competência do Júri restringe-se à análise e julgamento dos crimes dolosos contra a vida. Dessa maneira, a atribuição de fixação de indenização não é do Júri, devendo

ficar a cargo do juiz togado o estabelecimento do *quantum* indenizatório a título de *Punitive Damages*.

Nesse contexto, caberá ao juiz valer-se dos meios de razoabilidade e proporcionalidade para que possa decidir da maneira mais acertada possível, evitando situações teratológicas como já aventadas no presente trabalho, devendo sempre fundamentar suas decisões. Nessa linha de ideias, Rodrigo Pereira Ribeiro de Oliveira afirma que, “portanto, não há que se falar em vingança, mas apenas obediência às normas e princípios basilares do sistema jurídico, que indicam a necessidade de compensação e desestímulo, tudo mediante elaboração condenatória fundamentada e motivada [...]” (2012, p. 71).

No mesmo sentido, para Carlos Alberto Bittar,

[...] cabe sempre ao juiz sopesar, no caso concreto, os fatores e as circunstâncias que podem influenciar no julgamento e, firmada a convicção quanto à responsabilidade do agente, definir o *quantum* da indenização em nível que atenda aos fins expostos [compensação e punição] (1994, p. 222).

A segunda alteração necessária para que se faça a correta aplicação da Teoria dos *Punitive Damages* é a separação, no momento da prolação da sentença, do que é dano compensatório, daquilo que, efetivamente, é dano punitivo nos moldes do desenvolvido nos Estados Unidos. Nesse ponto, se encontra o atual equívoco dos Tribunais pátrios que, apesar de concederem caráter punitivo à indenização, não separam de forma clara e precisa o *quantum* destinado ao ressarcimento da vítima e o valor da indenização punitiva, ficando esta sem utilidade prática, vez que a punição, muitas vezes, não é perceptível.

Concluindo, Rodrigo Pereira Ribeiro de Oliveira afirma que,

diante disso, importante que o juiz, quando do arbitramento da indenização do dano moral, proceda com razoabilidade e clareza, mencionando, de forma fundamentada, as razões para a imputação da indenização com caráter desestimulador, devendo tal montante ser feito separadamente do valor da indenização compensatória, possibilitando uma maior transparência e controle dos critérios utilizados pelo magistrado (2012, p. 93).

Por fim, a terceira e última adequação proposta pela doutrina defensora da referida Teoria é quanto à destinação do montante indenizatório a título de *Punitive Damages*. Para essa doutrina, a indenização punitiva deveria ser destinada a um fundo criado especificamente para tanto ou a uma entidade beneficente. Nesses termos, para Rodrigo Pereira Ribeiro de Oliveira,

outro ponto de destaque é que se entende ser prudente que esse adicional advindo da condenação não seja destinado à vítima, mas, sim, em favor de estabelecimento de beneficência, fazendo-se um paralelo com o já disposto no parágrafo único, do artigo 883 do Código Civil e no artigo 13 da Lei da Ação Civil Pública, evitando-se, inclusive, a alegação de enriquecimento indevido da vítima, bem como um possível surgimento da ‘indústria do dano moral’ (2012, p. 93).

Interessante trazer à colação oportuna observação realizada por Rodrigo Pereira Ribeiro de Oliveira. Diz o referido autor que a Teoria dos *Punitive Damages* teria mais eficácia se aplicada no Brasil do que comparativamente aos Estados Unidos, local onde mais bem se desenvolveu. Assim entende, tendo em vista que nos Estados Unidos utiliza-se da cultura do seguro e do resseguro, em que na prática o *quantum indenizatório* será arcado pela seguradora. No Brasil, como tal mecanismo não é utilizado com frequência, o valor da condenação seria efetivamente pago pelo ofensor, dando-se maior eficácia à função punitiva da Teoria. Assim, nos esclarece que,

no direito norte-americano, verifica-se a existência de uma cultura do seguro e do resseguro, possibilitando que, em grande parte dos casos de aplicação dos *punitive damages*, o peso da condenação, na prática e em última instância, recaia sobre as corporações seguradoras [...] de modo que, a rigor, o caráter punitivo perde seu objetivo. [...] Noutro norte, pelo fato de não termos em nossa conduta tal prática securitária, as indenizações por danos morais, em regra, são efetivamente suportadas pelo próprio ofensor, possibilitando, assim, que o caráter desestimulador possa funcionar com muito mais eficácia no Brasil, atingindo diretamente o bolso dos agentes lesionadores (OLIVEIRA, 2012, p. 71 - 72).

Portanto, essas seriam as medidas necessárias a serem tomadas para que o instituto dos *Punitive Damages* pudesse ser verdadeiramente aplicado no ordenamento jurídico brasileiro.

6 Conclusão

Por todo o exposto, imperioso adotar a posição que mais se coaduna à ideia de proteção à dignidade da pessoa humana, esposada na Constituição Federal, qual seja a que entende pela possibilidade de aplicação da Teoria dos *Punitive Damages*, no ordenamento jurídico brasileiro, quando do arbitramento para reparação do dano moral.

Analisando-se o instituto e procedendo-se às necessárias adequações, resta reconhecer que a noção de indenização punitiva está em total consonância ao que dispõe o Código Civil e a nossa Carta Maior, devendo, portanto, ser aplicada pelo Direito brasileiro, tendo-se sempre em mira a ampla proteção à vítima e a eficiente punição ao ofensor, desestimulando comportamentos danosos e violadores de direitos alheios.

Por fim, não se pode olvidar que o Direito, cada vez mais, tem evoluído no sentido de proteger os direitos da personalidade, especialmente a dignidade da pessoa humana, e de atingir, ao máximo, os parâmetros de justiça social. A aceitação da Teoria dos *Punitive Damages*, notadamente quanto ao dano moral, mostra-se como uma importante forma de proteção de tais atributos, resguardando-se o ofendido e toda a sociedade, vez que esta, em última análise, será igualmente beneficiada com a devida punição do ofensor.

Referências

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de (Org.). *IV Jornada de Direito Civil*. Brasília: CJP, 2006.

Disponível em:

<<http://columbo2.cjf.jus.br/portal/publicacao/download.wsp?tmp.arquivo=1296>>.

Acesso em: 24 de out. 2014.

BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. 254p.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 850.273/BA. *Dje*. Brasília, 24 ago. 2010. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 10 out. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental nº 641487 ED. *Dje*. Brasília, 21 mar. 2013. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 10 out. 2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível nº 1.0534.09.014071-4/001. *Dje*. Belo Horizonte, 12 jul. 2011. Disponível em: <www.tjmg.jus.br>. Acesso em: 10 out. 2014.

CAHALI, Yussef Said. *Dano Moral*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. 720p.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 8. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2009. 577p.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 24. ed. v. 7. São Paulo: Saraiva, 2010. 706p.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*. 6. ed. v. 2. Salvador: JusPodivm, 2012. 652p.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito Civil: teoria geral*. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. 776p.

FONSECA, Pedro H. C. *Manual da responsabilidade do médico*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2014. 359p.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*. 11. ed. rev. atual. e ampl. v. 3. São Paulo: Saraiva, 2013. 453p.

GOMES, Orlando. *Obrigações*. 15. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2002. 357p.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. 3. ed. rev. e atual. v. 4. São Paulo: Saraiva, 2008. 535p.

MILAGRES, Marcelo de Oliveira; VIDAL, Luísa Ferreira. *Função punitiva da responsabilidade civil: da (in) admissibilidade da Pena Civil pelo Direito Brasileiro*.

Disponível em:

<<http://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/widget/document?docguid=Iff96d1e0568911e49aa4010000000000>>. Acesso em: 24 de out. 2014.

OLIVEIRA, Rodrigo Pereira Ribeiro de. *A Responsabilidade Civil por Dano Moral e seu Caráter Desestimulador*. Belo Horizonte: Arraes, 2012. 124p.

RESEDÁ, Salomão. *A aplicabilidade do punitive damages nas ações de indenização por dano moral no ordenamento jurídico brasileiro*. Disponível em:

<<https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/12303/1/SALOM%C3%83O%20RESED%C3%81.pdf>>. Acesso em: 11 de set. 2014.

ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas., 2013, 231p.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*. 3. ed. v. 4. São Paulo: Atlas., 2003, 245p.

VIANNA, Tauanna Gonçalves. *Indenização punitiva no Brasil*. Disponível em:

<<http://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad818150000014941f97617051ef600&docguid=I10e4d510bfa811e39d90010000000000&hitguid=I10e4d510bfa811e39d90010000000000&spos=8&epos=8&td=31&context=78&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 24 de out. 2014.

YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. *A Incompatibilidade do caráter punitivo da indenização do dano moral com o direito positivo brasileiro* (à luz do artigo 5º, XXXIX, da CF/1988 e do artigo 944, caput, do CC/2002). Disponível em:

<<http://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad818160000014941f242515dbeb166&docguid=I1bd8e1d0f25311dfab6f010000000000&hitguid=I1bd8e1d0f25311dfab6f010000000000&spos=3&epos=3&td=31&context=60&startChunk=1&endChunk=1#DTR.2008.436-n61>>. Acesso em: 24 de out. 2014.

Soluções alternativas de conflitos: a arbitragem aplicada aos dissídios trabalhistas

Alternative dispute resolution: arbitration applied to the labor disputes

Pedro Henrique Oliveira Guimarães

Graduando do curso de Direito pelo Centro Universitário de Patos de Minas (UNIPAM).
E-mail: pedrohenriqueog@hotmail.com

Ana Íris Galvão Amaral

Professora orientadora (UNIPAM).
E-mail: anairis@unipam.edu.br

Resumo: O presente trabalho tem por objeto o estudo do instituto da arbitragem, em especial no âmbito trabalhista. Percebe-se que, na realidade atual, os meios alternativos para a composição de conflitos têm sido cada vez mais utilizados em razão de suas vantagens em relação à tradicional jurisdição contenciosa. Sabe-se que a Constituição Federal prevê a arbitragem como método hábil a decidir conflitos coletivos de trabalho, no entanto, não há previsão legal para a aplicação do instituto aos dissídios individuais. A doutrina e a jurisprudência têm discutido acerca do tema, porém não há entendimento consolidado, o que proporciona um campo fértil para analisar o instituto da arbitragem de modo a verificar a viabilidade de aplicação nos conflitos individuais de trabalho.

Palavras-chave: Arbitragem. Métodos alternativos de composição de conflitos. Princípio da indisponibilidade dos direitos trabalhistas.

Abstract: The present research has for its object the study of arbitration, especially in the labor ambit. Currently, it is perceived that the alternative means for conflicts resolution have been increasingly availed due to the assets in regard to the traditional contentious jurisdiction. It is known that the Federal Constitution establishes the arbitration as a qualified method to solve labor collective conflicts; however, there is no legal provision for the application of the institute to individual disputes. The doctrine and the jurisprudence have discussed the subject, but there isn't a consolidated interpretation, which provides an interesting opportunity to analyze the arbitration in order to verify the viability of application in individual labor disputes.

Keywords: Arbitration. Alternative dispute resolution (ADR). Non-disposability of labor rights.

*Na verdade, devemos adquirir o conhecimento para escolher o bem.
Nenhum conhecimento nos ajudará se perdemos a capacidade de nos comover com a
desgraça de outro ser humano, com olhar amável de outro ser humano, com o canto de
um pássaro, com o verde de um jardim. Se o homem se faz indiferente à vida, não há
nenhuma esperança de que possa fazer o bem.*

Erich Fromm

1 Considerações iniciais

A realidade do Poder Judiciário brasileiro tem se agravado com o passar dos tempos. A demanda pela prestação jurisdicional é crescente e cada vez mais os conflitos estão chegando às portas do judiciário. Essa procura provoca uma sobrecarga no sistema, uma vez que o Estado não é dotado de todo o suporte pessoal e material necessário para corresponder aos avanços dessa demanda e prestar uma tutela jurisdicional célere e efetiva conforme assegurado pela Constituição Federal.

Há uma tendência atual em que o Estado, a Ordem dos Advogados do Brasil, as Faculdades de Direito e demais conselhos e associações invistam e promovam estímulos aos meios alternativos ao Poder Judiciário para a resolução de conflitos. Essa cultura a ser implantada tem se mostrado favorável, pois desafoga o Poder Judiciário, oferecendo uma resposta mais rápida para as partes, com um menor custo, não se estendendo pela via recursal. Tem sido crescente a aceitação da conciliação e de outros meios como mediação e arbitragem para a resolução de controvérsias, mas, em razão da predominância da cultura de litígio no Brasil, ainda há dificuldades e resistência na utilização desses sistemas.

A situação no âmbito trabalhista não é diferente, apesar de ser conhecida por oferecer uma prestação mais célere em relação às demais. A justiça trabalhista também tem sido surpreendida com uma crescente quantidade de processos. Embora nosso ordenamento jurídico disponha de ferramentas alternativas que podem contribuir para pacificação das relações de trabalho extrajudicialmente, essas formas nem sempre são prestigiadas. A atual e crescente demanda pode ser reduzida, caso algumas situações venham a ser resolvidas, utilizando não só dos acordos e convenções coletivas de trabalho, mas também passando por centrais de conciliação, de mediação e até de arbitragem.

A pesquisa objetiva o estudo do histórico e das características dos institutos alternativos à judicialização, dedicando maior atenção à aplicação da arbitragem no Direito Laboral Brasileiro. Para tanto, a reflexão se dará no sentido de observar os atrativos, os fundamentos e o procedimento da arbitragem, com o fim maior de verificar a viabilidade de aplicação na via trabalhista, nos dissídios trabalhistas coletivos e individuais.

2 As formas de solução de conflitos

2.1 Panorama histórico: da autotutela à jurisdição

Acerca das formas de pacificação de conflitos, merecem destaque e atenção as mudanças que são produto da evolução histórica das sociedades. A fim de contribuir para a compreensão e associação dos sistemas, é interessante e necessário realizar o sucinto panorama histórico a seguir.

A convivência na sociedade, na medida em que a humanidade evoluiu, sempre gerou disputas e conflitos que se dão em razão das diversas necessidades, prioridades e conquistas que cada um almeja para si. O que de fato ocorre é que, historicamente, o homem revela ter grande dificuldade em autocompor os conflitos que instintivamente

desencadeia. Diante disso, a forma mais comum para a solução das animosidades foi, durante muito tempo, a imposição pela força, valendo-se da “lei do mais forte”.

Com o desenvolver das sociedades, mas ainda nos sistemas mais primitivos, os desentendimentos passaram a ser levados ao conhecimento de figuras de confiança, respeito e liderança, como sacerdotes, chefes das tribos ou clãs, que atuando como uma espécie de árbitro promovia o ajuste da situação, utilizando-se de bases essencialmente costumeiras. Curiosa observação feita por Grinover, Cintra e Dinamarco (2012), na qual alerta para o fato histórico de que, na realidade desse sistema, o juiz surge antes mesmo da figura do legislador. Também nesse período, a autocomposição e transação foram meios úteis para a resolução de contendas, na qual os indivíduos, através de negociações e concessões recíprocas, alcançavam um ponto em comum para o desate da controvérsia.

Muito depois, com a positivação dos direitos naturais, a consolidação e a imposição gradativa do Estado, de forma mais autoritária e obrigatória, os conflitos passaram a ser levados ao conhecimento de um representante estatal para serem decididos. Nesse período, não mais se admitia o uso da força, sendo vedada a autotutela, afastando, assim, o modo primitivo de imposição de vontade. Diante dessa evolução e fortalecimento do Estado, surge a figura da jurisdição.

Os autores Grinover, Cintra e Dinamarco (2012) nos ensinam que essa última fase completou uma evolução histórica da justiça privada para a justiça pública. Segundo a brilhante doutrinadora, a jurisdição surge nesse momento em que o Estado já se encontrava suficientemente fortalecido, a ponto de impor aos indivíduos de forma autoritária a solução para o conflito de interesses. Nesse sentido, pelos ideais de jurisdição, resta às partes provocar o Estado soberano e detentor do poder de dizer o direito para, através de um representante, mediante a análise dos fatos e das normas, substituir a vontade das partes, aplicando o direito ao caso concreto.

2.2 Os meios alternativos à Judicialização para a solução de conflitos trabalhistas

Muito embora patente a grande importância e eficiência da conciliação e mediação, o cerne da pesquisa se encontra na aplicação da arbitragem nos dissídios trabalhistas individuais e coletivos, método pouco utilizado e de pequena discussão, motivo pelo qual maior atenção será voltada a esse meio alternativo.

2.2.1 Acordos e convenções coletivas de trabalho

As exclusividades do Direito do trabalho, os acordos e as convenções coletivas são meios não apenas de colocar fim a combates, mas também formas de se estabelecer regras gerais para determinada relação de trabalho através de negociações pacíficas. O art. 611 da CLT define Convenção Coletiva como

o acordo de caráter normativo, pelo qual dois ou mais Sindicatos representativos de categorias econômicas e profissionais estipulam condições de trabalho aplicáveis, no âmbito das respectivas representações, às relações individuais de trabalho (BRASIL, 1943).

Como se vê, o resultado que se obtém de uma convenção ou acordo coletivo de trabalho tem força normativa. O caráter normativo atribuído aos acordos coletivos é característica que, além de estimular a prática da negociação, assegura aos empregados e empregadores que as cláusulas serão cumpridas, dada as penalidades estabelecidas por lei.

Sobre as negociações coletivas, Sérgio Pinto Martins (2000, p. 717) nos ensina que

a negociação visa a um procedimento de discussões sobre divergências entre as partes, procurando um resultado. A convenção e o acordo coletivo são o resultado desse procedimento. Se a negociação for frustrada, não haverá a norma coletiva. A negociação é, atualmente, obrigatória; já a convenção e o acordo coletivo são facultativos. A negociação é o meio que vai conduzir à norma coletiva, sendo uma das fases necessárias para a instauração do dissídio coletivo (art. 114 da CF), em que, se ela restar frustrada, as partes poderão eleger árbitros (art. 114, § 1.º). Recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado aos sindicatos (§ 2.º do art. 114 da CF) ou empresas (§ 2.º do art. 616 da CLT) ajuizar o dissídio coletivo.

2.2.2 A Conciliação no âmbito dos dissídios trabalhistas individuais

A conciliação, modo de autocomposição de conflitos, é consagrada pelo ordenamento jurídico trabalhista e tem sido crescentemente aceita e praticada. A utilização do instituto está expressamente prevista pelos artigos 846 e 850 da Consolidação das Leis do Trabalho, os quais estabelecem a obrigatoriedade de que o magistrado realize dupla proposta conciliatória, uma quando da abertura da audiência (art. 846) e outra assim que concluídas as alegações finais (art. 850). Ocorre que, nessa modalidade, mesmo que a solução dos conflitos venha a ser dada pelas próprias partes e encerre o processo de forma prematura, ainda se pode enxergar a cultura litigiosa enraizada, uma vez que a demanda foi levada ao Poder Judiciário e somente diante dele foi resolvida.

Não se pode confundir a conciliação referida com aquela proposta pelas Comissões de Conciliação Prévia. Tal instituto foi introduzido na CLT pela lei 9.958/2.000, a fim de reduzir o número de ações trabalhistas e estimular a autocomposição. Essa forma especial para aplicação da conciliação, tratada nos arts. 625-A a 625-H, é espécie de conciliação extrajudicial, que se instaura previamente ao ingresso da ação no Poder Judiciário. A lei determina que a comissão dedicada à solução dos conflitos individuais de trabalho seja formada por membros da classe empregadora e da classe trabalhadora, de modo a contribuir para a efetividade do processo conciliatório.

O professor Roberto Portugal Bacellar (2012, p. 66) ressalta a importante presença da conciliação na Justiça do Trabalho:

antes da própria Consolidação das Leis do Trabalho, a Justiça do Trabalho já estava configurada para desempenhar sua função conciliatória e apaziguadora de conflitos. A própria denominação de Juntas de Conciliação e Julgamento indicava e

dava ênfase à finalidade conciliatória. A nova denominação de Varas do Trabalho não retirou nem enfraqueceu essa principal finalidade histórica estabelecida nessa ordem: primeiro a conciliação e só depois o julgamento (art. 764 da CLT). Nas unidades judiciárias do trabalho, a função primeira de conciliar permanece firme e essencial.

Por fim, sem adentrar nos vários dispositivos, benefícios e teses favoráveis que cercam a conciliação, cabe aos operadores do direito contribuírem para a crescente aplicação do referido instituto, diante de todas as evidentes vantagens que oferece não só para a solução do litígio de forma célere, mas também para o alívio da demanda no Poder Judiciário.

2.2.3 A Mediação aplicada ao direito do trabalho

A mediação, muitas vezes confundida com a conciliação, é meio de solução das controvérsias no qual atua um mediador imparcial, sem poder decisório, que poderá deter conhecimento sobre a matéria, propondo ou não soluções, atua no sentido de facilitar a negociação. A prática procura reaproximar as partes e colocá-las em ponto de convergência para a solução do conflito de forma voluntária. Essa modalidade se mostra muito útil para restabelecer a relação pessoal degradada, que pode vir a ser necessária nos planos dos negócios e no ambiente de trabalho.

Diferentemente da conciliação, que tem como foco a solução direta do conflito, a mediação tem por objetivo maior o rearranjo da situação social e jurídica, sendo a resolução do conflito um produto desse entendimento entre as partes. A distinção torna-se mais clara quando se observa que, na prática, embora tenha havido a conciliação e a solução do problema, as partes, muitas vezes, ainda não se falam, se consideram inimigas, ou seja, a relação social permanece degradada.

2.2.4 A Arbitragem

A arbitragem, ao lado da jurisdição estatal, é o meio de heterocomposição de conflitos, na qual a solução é dada por um árbitro conforme convencionado pelas próprias partes. Ocorre que, diferentemente da jurisdição, a arbitragem se dá sem a intervenção direta do Estado. O procedimento é escolhido pelos próprios indivíduos que integram uma relação jurídica, tanto podem estabelecer através de uma cláusula compromissória, de que, na eventual ocorrência de conflito, este será dirimido por um árbitro ou uma Câmara Arbitral, como podem optar por ajustarem isso posterior ao conflito, por meio do chamado compromisso arbitral.

O procedimento arbitral foi regulamentado pela lei n.º 9.307/96. A lei estabeleceu regras próprias para a adoção do sistema, dispondo desde a convenção de arbitragem até a sentença arbitral. No entanto, ainda que haja regramento próprio, o legislador não esgotou todo o tema que é motivo de algumas discussões em relação a sua aplicação. Antes de se tratar da arbitragem aplicada ao Direito Laboral, convém se fazer um apanhado acerca do instituto.

3 Aspectos da arbitragem no ordenamento jurídico brasileiro

3.1 Conceito e natureza jurídica

A doutrina caracteriza a arbitragem como meio paraestatal para a resolução de conflitos. Tal instituto configura-se como um sucedâneo da jurisdição, no qual a controvérsia surgida entre as partes será apreciada e solucionada por terceiro alheio às partes. A esse terceiro foi conferido, pelas próprias partes, o poder de decidir o conflito, em virtude de faculdade da lei.

Nesse sentido, cabe trazer à baila as definições de arbitragem citadas pelo professor Roberto Portugal Bacellar (2012, p. 82) em sua obra:

a arbitragem, de forma ampla, é uma técnica para solução de controvérsias por meio da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nesta convenção, sem intervenção do Estado, sendo a decisão destinada a assumir eficácia de sentença judicial (CARMONA, 1993, p. 19).

É o processo voluntário em que as pessoas em conflito delegam poderes a uma terceira pessoa, de preferência especialista na matéria, imparcial e neutra, para decidir por elas o litígio (MOORE, 1998, p. 23).

Acerca da natureza jurídica da arbitragem, a doutrina nos alerta para uma antiga discussão e nos noticia acerca de uma série de teorias. Ocorre que, com a edição da Lei 9.307/96, segundo mais abalizada doutrina, embora ainda criticável, conferiu-se à arbitragem natureza jurisdicional. As teorias se dividem basicamente em relação à natureza privatista ou jurisdicional da arbitragem.

A teoria privatista, segundo Francisco Cahali (2012, p. 84), entende a arbitragem como um negócio jurídico, tendo como fundamento o acordo firmado entre as partes. Para os que defendem essa posição, há apenas vínculo contratual entre as partes, sendo o procedimento arbitral em busca da solução do conflito apenas o cumprimento do que foi contratado pelas partes. Fica difícil sustentar o caráter privado da arbitragem, pois, com o advento da Lei de Arbitragem, foi conferido à sentença arbitral status de título executivo judicial e também concedido ao árbitro atributos e status de juiz, o que não se coaduna com o posicionamento adotado por essa corrente.

Os que defendem a teoria publicista, também chamada de jurisdicionalista, entendem pela natureza jurisdicional da arbitragem. O professor Francisco Cahali (2012, p. 85) anota o seguinte comentário do Doutor Haroldo Verçosa:

a teoria jurisdicional entende a arbitragem como forma de exercício da função jurisdicional, uma vez que os árbitros recebem das partes o poder de decidir o litígio a eles apresentado, aplicando a norma ao caso concreto e, assim, emitindo decisão obrigatória e vinculativa (atribuição dos efeitos da sentença judicial ao laudo arbitral). Além disso, o procedimento arbitral substitui a jurisdição estatal no que tange ao mérito da discussão travada da arbitragem.

Acerca do tópico, o Desembargador Alexandre Freitas Câmara (2005), com a técnica e maestria que lhe é peculiar, adota um posicionamento *sui generis*, que vem a ser mais ajustado com as noções de jurisdição, principalmente pelo fato de esta ser monopólio do Estado. O doutrinador se posiciona diante da teoria publicista, porém entende a arbitragem como sendo um processo. Segundo ele, há, ao lado do tradicional processo jurisdicional, o processo arbitral. Para o autor, considera-se processo tudo o que se realiza sobre o cunho do contraditório, seja o processo jurisdicional caracterizado pela presença das figuras de autor, réu e Estado-Juiz, seja o processo arbitral, por sua vez, formado pela relação entre partes e árbitro (ou Tribunal Arbitral).

Segue o raciocínio demonstrado pelas próprias palavras do ilustre jurista:

sendo a arbitragem um procedimento que se realiza obrigatoriamente em contraditório (o que, aliás, é determinado de forma cogente pela lei de arbitragem, que impõe a observância de tal princípio no procedimento arbitral), faz-se presente o 'modulo processual', devendo-se considerar, pois que a arbitragem é um processo. Não, porém, um processo jurisdicional, pois a jurisdição é monopólio do Estado, não podendo ser exercida pelo árbitro, o qual é um ente privado. Ademais, não se faz presente na arbitragem a relação jurídica processual jurisdicional, qual seja, aquela que se estabelece entre as partes e o Estado-Juiz. (CÂMARA, 2005, p. 14)

3.2 As espécies de convenção de arbitragem: a cláusula compromissória e o compromisso arbitral

A lei 9.307/96, em seu art. 3º, faz menção à convenção de arbitragem por dois modos, quais sejam a cláusula compromissória e o compromisso arbitral. As duas maneiras de levar a celeuma ao procedimento de arbitragem dependem de uma convenção das partes, isto é, de manifestação da autonomia da vontade das partes de modo a demonstrar o interesse pelo uso do instituto. O que distingue uma da outra é apenas o momento em que é firmada, veja-se a lição da Corte Especial do STJ:

a diferença entre as duas formas de ajuste consiste no fato de que, enquanto o compromisso arbitral se destina a submeter ao juízo arbitral uma controvérsia concreta já surgida entre as partes, a cláusula compromissória objetiva submeter a processo arbitral apenas questões indeterminadas e futuras, que possam surgir no decorrer da execução do contrato (MINAS GERAIS, 2007).

3.3 Os direitos patrimoniais disponíveis como objeto da arbitragem

À primeira vista, percebe-se que o legislador não deixou margens de escolha para as partes, afastando a aplicação do instituto quando o objeto for direitos indisponíveis. A lei de arbitragem é clara ao prescrever que as partes poderão valer-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis, conforme prescreve seu art. 1º. Diante disso, surgem discussões acerca do que pode ou não pode ser levado ao juízo arbitral, sendo assim, diante dessas discussões, a análise da matéria objeto deve ser feita com maior cautela na prática.

Dessa maneira, logo se percebe que nem todo tipo de conflito pode ser levado ao juízo arbitral. Extraíndo tais conceitos, pode-se perceber que os direitos não patrimoniais como os direitos da personalidade (e. g. direito à vida, ao nome e à imagem) e questões referentes ao estado da pessoa (e. g. interdição e guarda) ficam afastados da arbitragem. Portanto, restam para ser objeto no processo arbitral, os direitos patrimoniais disponíveis passíveis de transação. A doutrina defende que se deve analisar se o direito faz parte do patrimônio econômico, passível de conversão pecuniária. Sendo assim, as partes poderão se valer da arbitragem quando os direitos em questão integrem o patrimônio do indivíduo e possam ser objeto de negociação ou transação.

3.4 Os Árbitros e a sentença arbitral

Freitas Câmara utiliza a definição do professor César Fiuza, que conceitua árbitro como sendo “pessoa natural que, sem estar investida da judicatura pública, é eleita por duas ou mais pessoas para solucionar conflito entre elas surgido, prolatando decisão de mérito” (1995, p. 46). Para complementar o autor, Câmara ressalta que, excepcionalmente, a escolha do árbitro poderá ser feita pelo juiz, nos casos de sentença substitutiva do compromisso arbitral.

O árbitro é o terceiro de confiança, alheio às partes, que atuará na composição do conflito para o qual foi especialmente escolhido. A lei n.º 9.307/96 cuidou do assunto nos arts. 13 a 18. De acordo com a lei, poderá funcionar como árbitro qualquer pessoa capaz e de confiança das partes, podendo ser nomeado um ou mais árbitros, sempre em número ímpar, de modo a evitar empates nas decisões.

A lei cuidou de exigir somente a capacidade civil e a confiança que o árbitro deva inspirar. Embora seja usual o fato de os árbitros serem conhecedores das ciências jurídicas, para o exercício de tal função, não se exige que o indivíduo tenha conhecimentos jurídicos técnicos e específicos.

Diante disso, é comum as partes determinarem que as questões sejam dirimidas por árbitros com conhecimentos técnicos e específicos sobre determinada matéria. Aqui se mostra um grande atrativo da arbitragem. Sendo assim, controvérsia será, desde logo, apreciada por pessoas que detêm conhecimentos técnicos e relacionados ao seu objeto. Ocorre que, na prática, nem sempre os árbitros são diretamente eleitos pelas próprias partes. O que se nota é que a arbitragem é encarregada a uma câmara de arbitragem, que, por sua vez, atua no sentido de eleger o árbitro.

Nesse sentido, Francisco José Cahali (2012, p. 153) nos ensina que

a instituição, quando a ela encomendada a arbitragem, atua, quando o caso, como órgão delegado pelas partes para a indicação do julgador, mas não como órgão jurisdicional, ainda que através de seu representante. Haverá, direta ou indiretamente, a escolha de uma pessoa física, a quem será atribuída a qualidade de árbitro, com as atribuições e responsabilidades inerentes a jurisdição a ser exercida, e independentes da instituição que prestará serviços meramente cartoriais.

Com vistas a garantir um procedimento equilibrado e a busca de uma decisão justa, a lei estabelece que os árbitros têm o dever de atuar com imparcialidade, independência, competência, diligência e discricção. Além disso, o art. 14, caput da Lei 9.307/96, prescreve que os árbitros se submetam às mesmas regras de impedimento e suspeição dos juízes de que trata o Código de Processo Civil.

Da mesma maneira que em um processo judicial, se caminha rumo a uma sentença de mérito, no procedimento arbitral a marcha se dá em busca da sentença arbitral. A sentença arbitral põe fim ao procedimento arbitral, assim como a sentença de mérito, é a prestação jurisdicional aguardada pelas partes. A esse pronunciamento final dado pelo árbitro ou pela câmara arbitral, devem ser observadas as disposições do art. 26 da Lei de Arbitragem, que tratam dos requisitos obrigatórios da sentença, muito semelhantes aos aspectos gerais da sentença judicial. Importante mencionar que a lei estabelece a irrecorribilidade da sentença arbitral, e o Código de Processo Civil atribui a ela o status de título executivo judicial, conforme se vê no art. 475-N, inciso IV, do referido diploma legal.

4 A arbitragem no Direito Laboral

Como se sabe, a arbitragem é motivo de grandes debates e tem ganhado muito espaço em questões de Direito Civil, Direito Comercial e Direito Internacional. No entanto, na esfera trabalhista, o tema é pouco discutido pelos doutrinadores, legisladores e membros dos tribunais do nosso país. Há muito que se percorrer no caminho rumo à aplicação da arbitragem no Direito do Trabalho, principalmente no sentido de delinear com maior precisão seu âmbito de aplicação.

Amauri Mascaro Nascimento (2013, p. 31) menciona, em sua obra, vários exemplos da aplicação da arbitragem trabalhista mundo afora. Países como Austrália e Nova Zelândia adotam um sistema de arbitragem trabalhista compulsória muito eficiente, porém incompatível com nosso ordenamento jurídico e nossa realidade econômica-social. No entanto, há diversos países latino-americanos que dão à arbitragem trabalhista atenção especial.

4.1 A Arbitragem nos litígios trabalhistas coletivos

A arbitragem, na esfera dos conflitos coletivos, é indiscutivelmente aplicável, sendo, inclusive, prevista pela Constituição Federal. O parágrafo 2º, do art. 114, da Lei Maior, menciona a arbitragem como forma de solução dos dissídios coletivos, quando frustrada a negociação coletiva. Diante disso, raríssimas são as discussões acerca da aplicabilidade do instituto no que tange aos conflitos coletivos, vez que a própria Lei Maior prevê sua utilização.

A EC 45/2004 deu nova redação ao dispositivo que trata do assunto que passou a dispor:

Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar: §1.º Frustrada a negociação coletiva, as partes poderão eleger árbitros. §2º Recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado às mesmas, de

comum acordo, ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, podendo a Justiça do Trabalho decidir o conflito, respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente.

Sendo assim, verifica-se a possibilidade de sindicatos e empresas utilizarem-se da arbitragem para a solução de suas questões.

Ocorre que a interpretação desse dispositivo constitucional deve ser realizada com cautela, de forma a não violar o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional. A arbitragem, além de facultativa, deve ser entendida como alternativa a se considerar, antes do ajuizamento do dissídio coletivo. Não se pode entendê-la como condição para a propositura da ação coletiva.

Acerca dessa interpretação, Sérgio Pinto Martins (2000, p. 688) preleciona que

a arbitragem é, porém, facultativa e alternativa para a solução de conflitos coletivos trabalhistas. É alternativa, pois a norma constitucional prevê como condição para o ajuizamento do dissídio coletivo a necessidade de negociação coletiva ou de arbitragem.

4.2 A Arbitragem nos litígios trabalhistas individuais

Como se viu anteriormente, a Constituição Federal fez expressa previsão à aplicação da arbitragem nos dissídios trabalhistas individuais, eliminando as discussões acerca do tópico. Tal fato não ocorre no que se refere à aplicação do instituto nos conflitos trabalhistas, o que promove discussões e divergências. Diante dessa dissonância e da restrita discussão do tema pelos doutrinadores e pelos tribunais, o instituto tem sido pouco utilizado face a essa angustiante polêmica.

Tem se mostrado mais robusto e com maior adesão, o entendimento pela inaplicabilidade da arbitragem. Os afiliados a esse pensamento que incompatibiliza o Direito do Trabalho com o instituto têm como principais argumentos a falta de previsão legal, o amplo acesso à Justiça do Trabalho, previsto na Constituição Federal, a indisponibilidade dos direitos trabalhistas, a hipossuficiência do trabalhador e o estado inerente à relação de trabalho que pode interferir na manifestação de vontade do empregado ao aderir a arbitragem. No entanto, opondo-se a esses pensamentos pouco debatidos, há pensamentos emergentes que entendem pela aplicabilidade do instituto, relativizando os argumentos contrários e apresentando os benefícios do procedimento arbitral.

4.2.1 A Indisponibilidade dos direitos trabalhistas

O argumento de maior solidez utilizado pelos estudiosos que sustentam a inaplicabilidade da arbitragem nos dissídios trabalhistas individuais é o da indisponibilidade dos direitos trabalhistas. Discute-se, no entanto, esse caráter indisponível, tendo em vista a prática atual que vivemos, com uma crescente flexibilização dos direitos trabalhistas e as transações cada vez mais comuns. Ao

contrario sensu, posicionam-se os defensores da arbitragem aplicada aos conflitos individuais de trabalho, principalmente quando já extinto o contrato de trabalho.

Dentre as peculiaridades do Direito do Trabalho, destaca-se o seu caráter protetor, sendo, inclusive, princípio próprio desse ramo. O princípio da proteção, cuja finalidade é a busca de um equilíbrio entre as partes da relação de trabalho, tem por excelência a diretriz de atenuar a desigualdade natural existente entre trabalhador e empregado. Tal princípio constitui referência para toda a interpretação e aplicação das normas no direito do trabalho, promovendo a proteção do empregado como parte mais frágil da relação.

O princípio da irrenunciabilidade ou indisponibilidade dos direitos trabalhistas é implicação direta do princípio da proteção. Ricardo Resende (2014), em sua obra, ensina que, em regra, os direitos trabalhistas são irrenunciáveis, indisponíveis e inderrogáveis, dado o caráter imperativo e de ordem pública atribuído à norma trabalhista. Segundo o autor, esse princípio tem por finalidade proteger o empregado das possíveis manobras do empregador no sentido de obstar a efetivação de tais direitos.

Verifica-se que, muito embora seja atribuído aos direitos trabalhistas a irrenunciabilidade, admite-se a transação em algumas matérias trabalhistas. O que há em verdade é uma conversão do direito em pecúnia, de modo a permitir que as partes negociem e firmem um acordo em relação aos valores, e não aos direitos que são reconhecidamente irrenunciáveis.

Dito isso, percebe-se que a indisponibilidade dos direitos trabalhistas não impede que empregado e empregador negociem os valores deles advindos, por ocasião do encerramento do contrato de trabalho, por exemplo. Fato é que alguns dos direitos trabalhistas individuais, ainda que indisponíveis, são passíveis de transação, uma vez terem sido traduzidos em verbas indenizatórias.

Alguns autores defendem que a arbitragem trabalhista pode ser buscada somente após a rescisão do contrato de trabalho. Isso porque, após esse momento, a discussão dos direitos transacionáveis será essencialmente patrimonial. No entanto, deve-se atentar para a presença de direitos indisponíveis, como o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, motivo pelo qual, caso levada a conhecimento do juízo arbitral, deve ser decidida estritamente de acordo com a lei.

Nesse sentido, encontra-se o seguinte precedente da Quinta Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região:

EMENTA: ARBITRAGEM. HARMONIZAÇÃO COM OS PRINCÍPIOS DO DIREITO MATERIAL E PROCESSUAL DO TRABALHO. ANÁLISE CASUÍSTICA. MATURIDADE DA JUSTIÇA DO TRABALHO. Não se pode reputar apriorística e absolutamente incompatível com o Direito do Trabalho a eleição de entidade arbitral idônea, após a extinção contratual, como meio alternativo de solução do conflito surgido entre as partes. Obviamente, havendo indícios de vício de vontade, a decisão arbitral não impedirá a apreciação da demanda pelo Judiciário, sendo nula de pleno direito, por força do art. 9º da CLT. Caso contrário, seguro da higidez da vontade manifestada pelo empregado, o juiz do trabalho poderá lhe emprestar eficácia liberatória equivalente à quitação passada pelo empregado perante a entidade sindical, ou seja, em relação às parcelas expressamente

consignadas no recibo, à luz da Súmula 330 do TST e do art. 843 do Código Civil. Tudo isso porque a arbitragem não atinge a essência cogente dos direitos trabalhistas, que remanesçam incólumes na pactuação e no transcurso da relação empregatícia, mas apenas os efeitos pecuniários de alguns deles, que já são, diuturnamente, transacionados na Justiça do Trabalho e nas Comissões de Conciliação Prévia, por exemplo, sendo certo que a indisponibilidade não depende da qualidade do terceiro que intermedia o acordo. Em suma, a Justiça do Trabalho tem a maturidade necessária para, encampando a terceira onda renovatória do processo, harmonizar a indisponibilidade dos direitos trabalhistas com a arbitragem, coibindo, casuisticamente, eventuais abusos e fraudes, como sempre fez ao tutelar as diversas formas de conciliação, judicial e extrajudicial, que circundam as relações de trabalho (BRASIL, 2009a).

A matéria de repercussão não tão grande está longe de ser pacificada. É possível encontrar precedentes em sentidos diversos, conforme se nota nos entendimentos do Tribunal Superior do Trabalho. É possível encontrar posicionamentos em ambos os sentidos.

A 6ª turma se posicionou da seguinte maneira:

RECURSO DE REVISTA. ARBITRAGEM. RELAÇÕES INDIVIDUAIS DE TRABALHO. INAPLICABILIDADE. As fórmulas de solução de conflitos, no âmbito do Direito Individual do Trabalho, submetem-se, é claro, aos princípios nucleares desse segmento especial do Direito, sob pena de a mesma ordem jurídica ter criado mecanismo de invalidação de todo um estuário jurídico-cultural tido como fundamental por ela mesma. Nessa linha, é desnecessário relembrar a absoluta prevalência que a Carta Magna confere à pessoa humana, à sua dignidade no plano social, em que se insere o trabalho, e a absoluta preponderância deste no quadro de valores, princípios e regras imantados pela mesma Constituição. Assim, a arbitragem é instituto pertinente e recomendável para outros campos normativos (Direito Empresarial, Civil, Internacional, etc.), em que há razoável equivalência de poder entre as partes envolvidas, mostrando-se, contudo, sem adequação, segurança, proporcionalidade e razoabilidade, além de conveniência, no que diz respeito ao âmbito das relações individuais laborativas. Recurso de revista não conhecido (BRASIL, 2010).

A 8ª Turma confirmando o entendimento:

RECURSO DE REVISTA. CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA. ARBITRAGEM. LEI N.º 9.307/96. INAPLICABILIDADE. A SDI-1 desta Corte firmou entendimento de que o instituto da arbitragem previsto na Lei n.º 9.307/96 é inaplicável ao Direito Individual do Trabalho. Precedentes. Recurso de Revista não conhecido (BRASIL, 2012).

A 4ª turma, de maneira contrária, com argumentos modernos, entendeu no seguinte sentido:

RECURSO DE REVISTA – AÇÃO CIVIL PÚBLICA - CÂMARA DE MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM – CLÁUSULA ELEGENDO A VIA ARBITRAL PARA

COMPOSIÇÃO DE DISSÍDIOS INDIVIDUAIS TRABALHISTAS – RESTRIÇÃO NO ATO DA CONTRATAÇÃO DO EMPREGADO OU NA VIGÊNCIA DA RELAÇÃO DE EMPREGO. I - O art. 1º da Lei nº 9.307/96, ao estabelecer ser a arbitragem meio adequado para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis, não se constitui em óbice absoluto à sua aplicação nos dissídios individuais decorrentes da relação de emprego. Isso porque o princípio da irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas deve ser examinado a partir de momentos temporais distintos, relacionados, respectivamente, com o ato da admissão do empregado, com a vigência da pactuação e a sua posterior dissolução. II - Nesse sentido, sobressai o relevo institucional do ato de contratação do empregado e da vigência do contrato de trabalho, em função do qual impõe-se realçar a indisponibilidade dos direitos trabalhistas, visto que, numa e noutra situação, é nítida a posição de inferioridade econômica do empregado, circunstância que dilucida a evidência de seu eventual consentimento achar-se intrinsecamente maculado por essa difusa e incontornável superioridade de quem está em vias de o contratar ou já o tenha contratado. [...] IV – Diferentemente dessas situações contemporâneas à contratação do empregado e à vigência da pactuação, cabe destacar que, após a dissolução do contrato de trabalho, acha-se minimizada a sua vulnerabilidade oriunda da sua hipossuficiência econômico-financeira, na medida em que se esgarçam significativamente os laços de dependência e subordinação do trabalhador face àquele que o pretenda admitir ou que já o tenha admitido, cujos direitos trabalhistas, por conta da sua patrimonialidade, passam a ostentar relativa disponibilidade. V - Desse modo, não se depara, previamente, com nenhum óbice intransponível para que ex-empregado e ex-empregador possam eleger a via arbitral para solucionar conflitos trabalhistas, provenientes do extinto contrato de trabalho, desde que essa opção seja manifestada em clima de ampla liberdade, reservado o acesso ao Judiciário para dirimir possível controvérsia sobre a higidez da manifestação volitiva do ex-trabalhador, na esteira do artigo 5º, inciso XXXV da Constituição. Recurso conhecido e provido parcialmente (BRASIL, 2009).

Parece-nos mais sensata e acertada a posição que admite a arbitragem como forma de por fim a conflitos individuais de trabalho. Viu-se que é possível harmonizar o instituto com o Direito do Trabalho, de modo a não ferir as garantias do trabalhador, bastando, para tanto, uma análise de cada caso de forma isolada e cuidadosa.

A arbitragem tem sido valorizada como tendência mundial, no entanto ainda se encontra em desenvolvimento no nosso país, principalmente no que diz respeito ao Direito do Trabalho. O trabalhador não pode ser privado de optar por uma forma célere, em razão de tais divergências jurisprudenciais. O Direito é instrumento que deve acompanhar e se adequar ao movimento social, e o que se nota é que a atual situação da prestação jurisdicional, no Brasil, urge por inovações. O momento atual é propício para fomentar os modos alternativos de solução de conflitos. A utilização da arbitragem, além de poder contribuir para desafogar o Poder Judiciário, pode ser uma opção para o indivíduo ver a solução de seu problema de uma forma mais simples e rápida.

Ao se estabelecer a arbitragem como forma de solução de conflitos trabalhistas, os direitos assegurados pela Constituição e pela lei não serão colocados em risco. O

Estado dispõe de mecanismos suficientes para assegurar a efetividade dos direitos. Pelo contrário, o rol de direitos do trabalhador será ampliado caso se entenda possível a ele conceder a faculdade de optar pela utilização da arbitragem para dirimir os conflitos individuais de trabalho. Empregados e empregadores poderão optar de forma consciente em recorrer à jurisdição tradicional ou à arbitragem, caso ambos entendam ser ideal, escolhendo aquela que lhes for conveniente.

Diante de todos os argumentos, colocamo-nos do lado daqueles que admitem a arbitragem como meio hábil para a solução de dissídios individuais. Convém fazer destaque à brilhante e moderna decisão, proferida em um acórdão irretocável da Quarta Turma do TRT da 3ª Região. A seguinte ementa, que faz diversas pontuações favoráveis acerca do assunto, é de leitura obrigatória:

EMENTA: ARBITRAGEM E CONFLITOS INDIVIDUAIS DE TRABALHO
POSSIBILIDADE CONCEITO DE INDISPONIBILIDADE DE DIREITOS - EFEITOS JURÍDICOS [...] 8-A indisponibilidade de direitos trabalhistas é conceito válido e internacionalmente reconhecido porque se trata de núcleos mínimos de proteção jurídica, com que o trabalhador é dotado para compensar a desigualdade econômica gerada por sua posição histórica na sociedade capitalista. Destes conteúdos mínimos, não têm as partes disponibilidade porque afetaria a busca do equilíbrio ideal que o legislador sempre tentou estabelecer entre o empregado e o empregador. 9-Porém indisponibilidade não se confunde com transação, quando há dúvida sobre os efeitos patrimoniais de direitos trabalhistas em situações concretas. Indisponibilidade não se há de confundir-se com efeitos ou conseqüências patrimoniais. Neste caso, a negociação é plenamente possível e seu impedimento, pela lei ou pela doutrina, reduziria o empregado à incapacidade jurídica, o que é inadmissível, porque tutela e proteção não se confundem com privação da capacidade negocial como atributo jurídico elementar de todo cidadão. 10-A arbitragem, tradicionalmente prevista no Direito Coletivo, pode e deve também estender-se ao Direito Individual, porque nele a patrimonialidade e a disponibilidade de seus efeitos é indiscutível e é o que mais se trata nas Varas trabalhistas, importando na solução, por este meio, de 50% dos conflitos em âmbito nacional. Basta que se cerque de cuidados e se mantenha isenta de vícios, a declaração do empregado pela opção da arbitragem que poderá ser manifestada, por exemplo, com a assistência de seu sindicato, pelo Ministério Público do Trabalho ou por cláusula e condições constantes de negociação coletiva. 11-Em vez da proibição, a proteção deve circunscrever-se à garantia da vontade independente e livre do empregado para resolver seus conflitos. Se opta soberanamente pela solução arbitral, através de árbitro livremente escolhido, não se há de impedir esta escolha, principalmente quando se sabe que a solução judicial pode demorar anos, quando o processo percorre todas as instâncias, submetendo o crédito do emprego a evidentes desgastes, pois são notórias as insuficiências corretivas dos mecanismos legais. 12-A arbitragem em conflitos individuais já é prevista na Lei de Greve- Lei 7.783/89, art.7o.; Lei de Participação nos Lucros Lei 10.102/00; na Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, ratificada pelo Decreto 4.311/02. Trata-se, portanto, de instituição já inserida no Direito brasileiro, que não pode mais ser renegada pela doutrina ou pela jurisprudência, sob pena de atraso e desconhecimento dos caminhos por onde se distende hoje o moderno Direito do Trabalho. [...]14-A relutância em admitir a

arbitragem em conflitos individuais de trabalho é uma prevenção injustificada que merece urgente revisão. Não se pode impedir que o empregado, através de manifestação de vontade isenta de vício ou coação, opte por meios mais céleres, rápidos e eficientes de solução do conflito do que a jurisdição do Estado (BRASIL, 2009).

Para por fim a essa celeuma, é necessária intervenção legislativa com vistas a oferecer ao trabalhador a opção para a utilização da arbitragem. Outra forma de ver pacificada a situação é por edição de Súmula ou Orientação Jurisprudencial por parte do TST, de modo a uniformizar o entendimento acerca do tema. Mostra-se necessária tal atuação, de modo a pacificar o assunto, delineando as principais diretrizes, como, por exemplo, estabelecendo os direitos passíveis de ser objeto da arbitragem.

Por fim, um ponto importante a ser discutido é o uso da modalidade de julgamento por equidade admitido pela Lei de Arbitragem. O que se entende é que, de modo especial, em relação aos direitos individuais do trabalho, não se deve admitir a arbitragem por equidade conforme mencionada na lei. Isso porque há legislação específica regulamentando as relações de trabalho, e o julgamento por equidade de modo a afrontar a legislação trabalhista será absolutamente nulo. Sendo assim, a sentença arbitral deverá estar em consonância com as normas positivadas.

4.2.2 A omissão legal quanto à utilização da arbitragem nos dissídios individuais

Viu-se que a Constituição da República, em seu art. 114, prevê que os conflitos coletivos de trabalho podem ser levados à apreciação pelo juízo arbitral. No entanto, ocorre que não há na Constituição, nem na Lei, dispositivo que se refira ao procedimento no que tange aos conflitos de trabalho de natureza individual. Face ao silêncio do legislador, alguns juristas entendem pela sua inaplicabilidade, uma vez que a lei não fez referência, especialmente à categoria de dissídio individual.

Ora, argumento frágil. A simples omissão da lei não justifica o argumento para a inaplicabilidade do instituto. Conclusão contrária a esse pensamento é a que se extrai do princípio fundamental de direito, no qual se sustenta que “aquilo que a lei não proíbe, é permitido”. Considerada essa premissa basilar, não se pode aduzir que a falta de previsão legal implica na proibição de utilização do instituto da arbitragem quando tiver por fim a solução de um litígio trabalhista individual. Sendo assim, analisando-se isoladamente esse fator, não há motivo que justifique o impedimento da aplicação do instituto arbitral.

Em entrevista ao portal Consultor Jurídico, com muita sensatez e de modo pragmático, o ministro aposentado do TST, Pedro Paulo Manus, discute acerca do tema no seguinte sentido:

a Lei de Arbitragem não proíbe aplicação a conflitos trabalhistas. Se não é proibido e nem obrigatório, é permitido. E o que é permitido não é proibido. Isso é lógica jurídica. Agora, se o conselho arbitral obriga, não é arbitral. A maioria dos ministros daqui acha que arbitragem só é possível para conflitos coletivos. Mas se vier às minhas mãos uma arbitragem, e não ficar provado qualquer vício contra a manifestação de vontade, na minha opinião, é válida (CRISTO, 2011).

4.2.3 Cláusula compromissória nas relações de trabalho

Como se viu, a convenção de arbitragem pode se dar por duas maneiras, sendo o ponto distintivo entre uma e outra apenas o momento de sua celebração. Discute-se que a nulidade da cláusula compromissória em contratos de trabalho, ao argumento de que o trabalhador não estava completamente livre para manifestar sua vontade e firmar o compromisso. A autora Giordani Flenik (2009) ressalta a importância da livre manifestação de vontade das partes ao decidirem pela arbitragem, e alerta para o fato de que, muitas vezes, o empregado, afoito e necessitado de trabalho, assina qualquer documento a fim de conseguir o emprego. Segundo a autora, especialista e com grande experiência em mediação e arbitragem, apesar disso, é comum que, após a ruptura do contrato de trabalho, as partes concordam e aderem à arbitragem (compromisso arbitral), vislumbrando as vantagens da escolha (FLENIK, 2009, p. 83).

Dessa maneira, diante ausência de lei e de precedentes judiciais acerca do assunto, verifica-se que esse aspecto deve ser analisado casuisticamente. O que tem se argumentado é que a manifestação de vontade das partes, após o encerramento do contrato de trabalho, por compromisso arbitral, é puramente livre, uma vez que não há mais relação de subordinação entre as partes. No entanto, é perfeitamente possível que a manifestação de vontade se dê logo na formação da relação trabalhista, por cláusula compromissória no contrato de trabalho, como em um contrato celebrado por um alto executivo e uma empresa, ocasião em que o trabalhador se vê livre e consciente para optar pela utilização do instituto em eventual lide.

5 *Considerações finais*

Como se viu na esfera dos dissídios coletivos, a arbitragem é reconhecidamente admitida como forma de pacificação, antes mesmo de levar a controvérsia ao judiciário, mencionada inclusive pela Constituição Federal no §2º do art. 114. A jurisprudência e doutrina convergem no sentido de que a arbitragem é meio hábil para a solução de conflitos entre sindicatos e sindicatos, entre estes e empresas e conflitos de greves. A maior discussão se encontra no que se refere à utilização do instituto para por fim aos conflitos individuais.

Nota-se que a doutrina e a jurisprudência têm posicionamentos que discutem a inaplicabilidade da arbitragem no campo dos dissídios individuais, preocupando-se, principalmente, com a indisponibilidade e irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas. Outro fator que se discute é a omissão da Lei de Arbitragem, que nada tratou quanto à arbitragem trabalhista nos dissídios individuais.

Não se pode permitir que uma estrutura excessivamente rígida impeça a aplicabilidade de um instituto dotado de grandes benefícios e que as próprias partes decidirão por utilizá-lo. Em verdade, a admissão da arbitragem, nos dissídios trabalhistas individuais, consiste em uma ampliação do rol de direitos nas relações de trabalho e não tende a prejudicar ou fragilizar os direitos já assegurados por lei. Diante da aplicação do instituto, não se vislumbraram prejuízos em relação aos direitos das partes da relação de trabalho, uma vez que a negociação de valores referentes aos direitos é muito corriqueira na Justiça do Trabalho. A arbitragem utilizada nos moldes

adequados é um meio hábil e se mostra compatível com o Direito do Trabalho, desde que empregado e empregador optem, de maneira livre e consciente, pela sua utilização.

Estudiosos e aplicadores do direito do trabalho defendem uma nova linha de pensamento deve ser seguida. A legislação trabalhista urge por reformas que devem ser tomadas no sentido de afastar o paternalismo que engessa as relações de trabalho e buscar formas para promover e privilegiar as negociações entre empregados e patrões, de forma, cada vez menos, intervencionista. Nesse cenário que tende a seguir, deixando de lado as influências e conceitos obsoletos de modo a contribuir para uma justiça célere e efetiva. No entanto, sabe-se que reformas legislativas demandam tempo desde a sua elaboração até a entrada em vigor. Sendo assim, um modo paliativo, porém muito eficaz, para colocar fim à discussão, seria por meio da atuação dos tribunais de forma a uniformizar o entendimento do tema. Mostra-se conveniente a edição de uma súmula ou orientação jurisprudencial acerca do tópico, de modo a pacificar a questão.

Tendência mundial, a arbitragem se firma como um processo célere, informal, sigiloso e eficaz. A utilização não só da arbitragem, mas dos demais institutos alternativos para solução de conflitos, de forma consciente e adequada ao ordenamento jurídico brasileiro, pode contribuir para a criação de uma cultura em que os conflitos serão resolvidos de maneira mais célere, barata e efetiva, afastando os desgastes e os custos provocados pela atual morosidade do judiciário brasileiro. A criação desse costume também implicará, a longo prazo, em uma melhoria na prestação jurisdicional dada pelo Estado, pois serão reduzidas as demandas levadas ao seu conhecimento.

Não somente esses mecanismos serão capazes de promover a celeridade processual que os jurisdicionados anseiam, mas também a utilização desses paralelos a uma reforma e dinamização das leis processuais civis e trabalhistas. Além de todo o aparelho judicial e extrajudicial, a solução para a melhoria da pacificação de conflitos sociais passa, também, por modificação no aspecto cultural. Os operadores do direito, juntamente com toda a sociedade, devem trabalhar com vistas a estimular a formação de uma cultura cada vez menos litigiosa, incentivando os meios alternativos à judicialização para a solução de conflitos.

Referências

BACELLAR, Roberto Portugal. *Mediação e arbitragem: saberes do direito*. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. *Acórdão TRT/00259-2008-075-03-00-2-RO*. 2ª. Região – São Paulo – Ementa: Conciliação firmada perante Câmara Arbitral. Natureza de título executivo. Execução na Justiça do Trabalho. 2009.

_____. *Consolidação das Leis do Trabalho – CLT*. Decreto Lei 5.454 de 01 de maio de 1943.

_____. Recurso de Revista Ação Civil Pública. *TST-RR-259/2008-075-03-00.2*. 4ª turma. Câmara de Mediação e Arbitragem Cláusula elegendo a via arbitral para composição de dissídios individuais trabalhistas restrição no ato da contratação do empregado ou na vigência da relação de emprego.

_____. Recurso de Revista. *TST-RR-189600-42.2008.5.07.0001*. 8ª Turma. Cláusula Compromissória. Arbitragem. Lei nº 9.307/96. Inaplicabilidade. 2012.

_____. Tribunal Regional do Trabalho – 3. Recurso Ordinário Trabalhista: *RO 017142008075030070171400-67.2008.5.03.0075*. Arbitragem. Harmonização com os princípios do Direito Material e Processual do Trabalho. Análise casuística. Maturidade da Justiça do Trabalho. 2009a.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista. *Processo Nº TST-RR-192700-74.2007.5.02.0002*. 8ª Turma. Relator Ministro Maurício Godinho Delgado. Publicado em 19 de maio de 2010. Brasília. Disponível em: <https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&consc....> Acesso em: 20.10.2014.

CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Arbitragem: lei nº 9.307/96*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CARMONA, Carlos Alberto. *A arbitragem no Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1993.

CRISTO, Alessandro. CLT precisa dizer que trabalhadores não são iguais. *Consultor Jurídico*, 24 abr. 2011. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-abr-24/entrevista-pedro-paulo-manus-ministro-tribunal-superior-trabalho>>. Acesso em: 14 out. 2014.

FIUZA, Cezar. *Teoria geral da arbitragem*. Belo Horizonte. Del Rey. 1995.

FLENIK, Giordana. *Arbitragem nos litígios trabalhistas individuais*. Florianópolis: Insular, 2009.

GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

MOORE, Christopher W. *O Processo de Mediação*. 2. ed. Porto Alegre: Artmed, 1998.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito Processual do Trabalho*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

RESENDE, Ricardo. *Direito do Trabalho esquematizado*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.



JURISVOX
N. 15, VOL. 2, DEZ. 2014
SEÇÃO DOCTRINA

Princípio constitucional da prioridade absoluta e sua densidade normativa: o neoconstitucionalismo e a superação do discurso programático dos direitos fundamentais prestacionais relativos a crianças e adolescentes

Constitutional principle of absolute priority and its normative density: the neoconstitutionalism and overcoming programmatic speech features of the constitutional rights relating to children and adolescents

Vanessa Dosualdo Freitas

Promotora de Justiça em Minas Gerais. Pós-Graduada em Direito Constitucional. Coordenadora Regional das Promotorias de Justiça da Infância, Juventude e Educação do Alto Paranaíba e Noroeste.

E-mail: vanessadosualdo@gmail.com

Resumo: Este trabalho aborda a grande discussão referente à eficácia e à aplicabilidade dos chamados direitos fundamentais prestacionais, que implicam em um dever-fazer por parte do Poder Público. Sobre esse tema, fez-se um recorte, para abordar especificamente a possibilidade de se reconhecer, diretamente com base na norma constitucional definidora de um direito fundamental relativo a crianças e adolescentes e na impositividade trazida pelo art. 227 da Constituição Federal, um direito subjetivo individual (ou coletivo) a uma prestação concreta por parte do Estado. Essa possibilidade se tornou factível com a profunda mudança de paradigma tanto na teoria jurídica quanto na prática dos Tribunais pós-Segunda Guerra Mundial (neoconstitucionalismo). As Constituições deixaram de ser vistas como meros programas políticos que deveriam inspirar o legislador para tornarem-se autênticas normas jurídicas, que direcionam o exercício do Poder Executivo e invalidam leis. Nesse contexto, não raro deparamos com decisões judiciais determinando ao Poder Público a implementação de direitos prestacionais a crianças e adolescentes, afastando teses defensivas que alegam caráter programático das normas constitucionais, o princípio da Separação de Poderes ou a falta de recursos orçamentários.

Palavras-chave: Criança e Adolescente. Prioridade Absoluta. Neoconstitucionalismo. Direitos Prestacionais. Judicialização.

Abstract: This work addresses the big discussion regarding the effectiveness and applicability of the so-called fundamental rights features that imply a must-do by the public authorities. On this topic, a cutout was made to address specifically the possibility of recognizing, directly, based on defining constitutional standard of a fundamental right for children and adolescents and in the impositivity brought by art. 227 of the Federal Constitution, an individual entitlement (or collective) to a concrete provision by the State. This possibility became feasible with the profound change of paradigm both in theory and in practice of the post-World War II Courts (neoconstitutionalism). The constitutions are no longer seen as mere political programs which should inspire the lawmaker to become authentic, legal rules that

direct the exercise of the Executive power and invalidate laws. In this context, not rarely, we face judicial decisions determining the public authorities implementing features rights to children and adolescents, isolating defensive theses which claim programmatic character of the constitutional rules, the principle of power separation or the lack of budgetary resources.

Keywords: Child and adolescent. Absolute Priority. Neoconstitucionalism. Features Rights. Judicialization.

1 Introdução

Foi no processo de elaboração da nova Carta Constitucional do País que o movimento em defesa das crianças e adolescentes chegou a seu ápice. A partir da emenda popular denominada “Criança, prioridade nacional”, liderada pelo Movimento Nacional dos Meninos e Meninas de Rua (MNMNR) e Pastoral do Menor, que mobilizou a sociedade brasileira de norte a sul, registrou-se 1,5 milhão de assinaturas na emenda popular que deu origem ao artigo 227 da Constituição Federal de 1988.

O art. 227 inaugura no país a chamada “Doutrina da Proteção Integral”, em contraposição à Doutrina da Situação Irregular, representada juridicamente no Código de Menores, de 1927.

A mudança de paradigma trazida pela Constituição de 1988 impõe que todo o sistema jurídico brasileiro seja interpretado à luz da nova doutrina, que confere a crianças e adolescentes todos os direitos inerentes a todo ser humano e determina que eles devem ser implementados com absoluta prioridade. Esse princípio expressa um comando que obriga o legislador, o administrador e o julgador e que não pode ser descumprido, sob fundamento nenhum.

A recalcitrância do Estado em não prover os direitos fundamentais prestacionais de crianças e adolescentes, quando deveria fazê-lo com absoluta prioridade, viola o princípio da dignidade da pessoa humana e é passível de correção judicial.

O Poder Judiciário, dentro da ótica neoconstitucionalista pós-Segunda Guerra Mundial, vem reconhecendo ao texto constitucional força de autêntica norma jurídica a irradiar efeitos concretos na sociedade e, com isso, produzindo cada vez mais decisões que obrigam a concretização dos direitos fundamentais prestacionais, notadamente relativos às crianças e adolescentes.

2 O catálogo dos direitos fundamentais

Hodiernamente, não existe praticamente Estado soberano que não tenha aderido a algum dos principais pactos internacionais (ainda que regionais) de Direitos Humanos ou que não tenha reconhecido ao menos um núcleo de direitos fundamentais no âmbito de suas constituições.

Mas isso não significa dizer que os problemas relativos à sua proteção e eficácia encontram-se resolvidos. Muito pelo contrário. Conforme assevera Bobbio, “o problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los. Trata-se de um problema não filosófico, mas político” (2004, p. 23).

Essa conclusão é facilmente constatável, pois, embora jamais tenhamos vivenciado um período de simultânea multiplicação dos tratados e mecanismos destinados à proteção dos direitos fundamentais, vemos crescer exponencialmente o recrudescimento de suas violações. Volta-se, novamente, a lição de Bobbio que “sem direitos do homem reconhecidos e protegidos não há democracia; sem democracia, não existem condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos” (2004, p. 5).

Nesse contexto, a questão referente à aplicabilidade e eficácia das normas definidoras de direitos fundamentais do homem assume especial relevância.

Relevante ressaltar, preliminarmente, a distinção terminológica entre “Direitos Fundamentais” e “Direitos Humanos”. A Constituição Brasileira de 1988 optou pela primeira, denominando o Título II de “Direitos e Garantias Fundamentais”. Embora essas expressões sejam usadas corriqueiramente como sinônimas, há distinção entre os termos. “Direitos fundamentais” se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito interno do Estado, ao passo que a expressão “Direitos humanos” guarda relação com os documentos internacionais, que reconhecem direitos ao ser humano, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional.

Desde 1789, com a Declaração universal dos Direitos do Homem, se reconhece que “A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição” (art. 16).

De fato, a enunciação e proteção dos direitos fundamentais no âmbito do Estado Constitucional constitui seu núcleo material, sua essência, constituindo, nesse sentido, não apenas parte da Constituição formal, mas, sobretudo, elemento nuclear da Constituição material.

Sobre o assunto, oportuna a lição do jurista Ingo Sarlet (2007, p.60), que assevera:

é justamente neste contexto que os direitos fundamentais passam a ser considerados, para além de sua função originária de instrumentos de defesa da liberdade individual, elementos da ordem jurídica objetiva, integrando um sistema axiológico que atua como fundamento material de todo o ordenamento jurídico.

Na Constituição Federal de 1988, o catálogo de direitos fundamentais foi positivado logo no começo (art. 5º.), o que, além de trazer maior rigor lógico, na medida em que servirá de parâmetro interpretativo para todo o restante do texto constitucional, revela que se tratam dos valores superiores de toda a ordem constitucional e jurídica.

Os direitos fundamentais não estão limitados aos direitos e garantias previstos no art. 5º. da Constituição Federal. O art. 5º. § 2º ao dispor que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos

princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”, aponta para a existência de direitos fundamentais positivados em outras partes do texto constitucional e até mesmo em tratados internacionais, bem assim para a previsão expressa da possibilidade de se reconhecerem direitos fundamentais não escritos, implícitos nas normas do catálogo, bem como decorrentes do regime e dos princípios da Constituição.

Nesse contexto, não há qualquer dificuldade em se reconhecer o comando esculpido no art. 227, CF, como norma definidora de direitos fundamentais afetos a crianças e adolescentes.

Robert Alexy (2008, p. 196/201) distingue as normas definidoras de direitos fundamentais em dois grandes grupos: os direitos de defesa e os direitos a prestações (direitos prestacionais).

Os direitos fundamentais na qualidade de direitos de defesa são aqueles que asseguram ao indivíduo a defesa contra ingerências do Estado em sua liberdade pessoal e propriedade. Objetivam, portanto, limitar as ingerências estatais na esfera de autonomia individual, contendo obrigação de abstenção ou mesmo a eliminação de agressões ou abusos estatais. São os chamados direitos de primeira geração que se traduzem nas liberdades de ação, pensamento etc.

Os direitos fundamentais como direitos a prestações são aqueles que implicam uma postura ativa do Estado, no sentido de que este se encontra obrigado a colocar à disposição dos indivíduos prestações de natureza jurídica e fundamental. São, em regra, os direitos de segunda geração ou direitos sociais à saúde, educação, trabalho, moradia, alimentação, transporte etc.

Assim, resumidamente, direitos fundamentais constituem o conjunto de direitos e liberdades institucionalmente reconhecidos e garantidos pelo Direito Positivo de determinado Estado. Nossa preocupação, a partir deste momento, cingir-se-á a analisar, sob o aspecto da dogmática jurídica, a eficácia das normas definidoras de direitos fundamentais prestacionais.

3 Eficácia das normas constitucionais

As normas constitucionais, em geral, podem ser classificadas de diversas maneiras.

Em sua obra “A Aplicabilidade das normas Constitucionais”, José Afonso da Silva (2006) aborda o tema a partir de uma perspectiva jurídico-científica. Três capítulos do livro são dedicados à análise da eficácia das normas constitucionais, categoria essa que foi dividida em basicamente três grupos: normas constitucionais de eficácia plena, contida e limitada. Essa classificação leva em conta a completude ou incompletude das normas constitucionais, ou seja, se elas carecem ou não de outras normas para viabilizar a sua aplicação.

As normas de eficácia limitada dependem de outra norma para que produzam plenamente os efeitos desejados pelo legislador constituinte originário. Elas se subdividem em normas de princípio institutivo e normas de princípio programático.

As normas de princípio institutivo têm caráter organizativo e regulativo de órgãos, entidades e respectivas atribuições e relações. Sua função primordial é de

esquematizar a organização, criação ou instituição dessas entidades ou órgãos como o art. 18, §2º, da CF.

As normas de princípio programático estão vinculadas a ideia de constituição dirigente, definindo fins e programas de ação futura de modo a alterar a realidade social em que ela se insere. As regras jurídicas programáticas são, portanto, aquelas em que o legislador constituinte, em vez de regular direta e imediatamente, determinando interesses, limitou-se a traçar princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos, como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado (SILVA, 2006).

Normas de eficácia plena são aquelas que, ao entrar em vigor da Constituição, apresentam uma aplicabilidade direta e imediata, independentemente de uma legislação ulterior.

O autor inovou ao destacar outro grupo de normas, as chamadas normas de eficácia contida, classificação essa que não havia sido tratada por nenhum outro constitucionalista até então. Esse grupo de normas se assemelha ao grupo das normas de eficácia plena por terem aplicabilidade direta e imediata, e aproximam-se das normas de eficácia limitada pela possibilidade de serem restringidas por uma lei ulterior.

De acordo com a clássica teoria norte-americana, eram quase que inexistentes os casos de uso de uma aplicabilidade imediata de uma norma constitucional, ou seja, a maioria das normas aplicadas dependia de uma regulamentação.

Em contraposto dessa clássica teoria norte-americana, hoje, a orientação doutrinária moderna reconhece eficácia plena à maioria das normas constitucionais, até mesmo naquelas que não passavam de princípios programáticos.

É de se ressaltar, no entanto, o disposto no art. 5º, § 1º, que afirma que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

Partindo-se da premissa de que a norma do art. 227 é de eficácia plena (distanciando-se em tudo daquelas que alguns insistem em catalogar como sendo de conteúdo meramente programático, cada vez mais raras em nosso ordenamento jurídico marcadamente positivado), temos de reconhecê-la, sim, como um fator a mais a limitar o campo de atuação discricionária do administrador público.

4 Neoconstitucionalismo pós-positivista

Na virada do século XIX, o jusnaturalismo pré-Hegelianiano havia sido superado pela doutrina positivista, baseada nas ideias da Teoria Pura do Direito de Kelsen, na qual o sistema jurídico era entendido sob uma perspectiva científica, cujo objeto é a norma jurídica. As demandas sociais e econômicas à época exigiam da teoria do direito uma maior clareza, previsibilidade e estabilidade, consolidadas no imperativo da segurança jurídica, que justificava o sucesso da teoria positivista, assim descrito por Kaufmann (2009, p. 114-115):

as sociedades complexas com uma economia desenvolvida exigem um elevado grau de segurança jurídica; esta não pode, porém ser assegurada pelos sistemas de direito natural tradicionalmente por serem necessárias leis gerais e abstractas. A

nova concepção do Estado implica que o portador da vontade do Estado emita leis como soberano. Mas a lei assim legitimada é tão incontestável como o próprio soberano, de cujo poder decorre sua validade. [...]

Para os positivistas, a validade de uma lei depende apenas da observação do procedimento legislativo formal e da existência de um autêntico ato de vontade do soberano, não do conteúdo da lei. O conteúdo material da lei, para os positivistas, era desprezado na aferição de sua validade. Outro ponto central do positivismo era a completude e fechamento do sistema. Sob esse enfoque, o sistema é fechado, suficiente em si mesmo para tutelar todas as condutas humanas. Assim, todo comportamento estaria previsto positivamente ou negativamente, de acordo com a regra de calibragem “tudo o que não está proibido está permitido”.

Nesse contexto, a Constituição possui um papel limitado, servindo tão somente para estabelecer a tripartição dos poderes e conferir fundamento de validade formal às normas infraconstitucionais.

Muitos foram os questionamentos ao modelo positivista, principalmente o fato de que ele se revela incompleto para exprimir as relações jurídicas frente à complexidade das condutas sociais tuteladas pelas normas jurídicas.

Somado a isso, com o fim da II Grande Guerra, o mundo, não apenas o jurídico, passou por uma série de mudanças significativas, dentre as quais se destacam a teoria constitucional pós-positivista e o florescimento dos direitos e garantias fundamentais. Nos regimes totalitários idealizados, sobretudo na Alemanha e na Itália, atrocidades foram cometidas sob o manto da legalidade. Essa situação foi retratada por Hannah Arendt ao relatar a “banalidade do mal” de um oficial nazista julgado que, ao se defender, evoca o estrito cumprimento da lei esvaziada de reflexão moral sobre suas atitudes.

Após esse nebuloso período da história, surgiu o movimento pós-positivista, oportunidade em que a pressuposta completude do sistema e o emprego da subsunção do fato à norma deram lugar à ponderação e à teoria da argumentação. O sistema jurídico passa a ser entendido como aberto, integrando outros sistemas (moral, economia, sociologia etc.) ao discurso argumentativo, composto por regras e princípios jurídicos, carregados de valor axiológico, contemplados pelo texto constitucional, que assume tais valores como delimitadores da atividade legislativa infraconstitucional.

O texto constitucional pós-positivista apresenta novas características, didaticamente sintetizadas por Daniel Sarmiento (2009, p.14):

- (a) Reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos e valorização da sua importância no processo de aplicação do Direito; (b) rejeição ao formalismo e recurso mais frequente a métodos ou “estilos” mais abertos de raciocínio jurídico: ponderação, tópica, teoria da argumentação etc.; (c) constitucionalização do Direito, com a irradiação das normas e valores constitucionais, sobretudo os relacionados aos direitos fundamentais, para todos os ramos do ordenamento; (d) reaproximação entre o Direito e a Moral, com a penetração cada vez maior da Filosofia nos debates jurídicos; e (e) judicialização da política e das relações sociais, com um significativo deslocamento de poder da esfera do Legislativo e do Executivo para o Poder Judiciário.

Cumprido ressaltar que os princípios fundamentais previstos na CF, diante do conteúdo no mais das vezes impreciso e mutável, carecem de delimitação por parte de seus aplicadores, fator que transforma os guardiões da Constituição não apenas em meros aplicadores do direito, mas, muitas vezes, de legisladores, fenômeno conhecido como ativismo judicial.

No contexto brasileiro, a teoria pós-positivista foi encampada sob o gênero do termo neoconstitucionalismo, surgido logo após o processo de redemocratização ao término da ditadura militar, que engloba tanto teóricos pós-positivistas quanto positivistas.

O texto constitucional aprovado em 1988 representa uma grande vitória da democracia, ao apresentar um extenso rol de direitos e garantias fundamentais, dotados de normatividade e aplicabilidade. Além disso, outras características do texto conferem à Constituição seu aspecto neoconstitucionalista pós positivista, dentre as quais se destacam a rigidez do texto, a previsão de controle de constitucionalidade das normas infraconstitucionais, supremacia da Constituição, entre outros.

É a primeira vez que uma constituição assinala, especificamente, objetivos do Estado brasileiro, não todos, que seria despropositado, mas os fundamentais, e, entre eles, uns que valem como base das prestações positivas que venham a concretizar a democracia econômica, social e cultural, a fim de efetivar na prática a dignidade da pessoa humana. (SILVA, 2006, p. 93)

Para o pós-positivismo, além de estarem previstos e limitarem a atuação do Poder Legislativo, os direitos constitucionais (direitos fundamentais) passam a ser dotados de executividade própria, exigíveis e concretizáveis sem o necessário intermédio da lei.

Sobre o tema, Daniel Sarmento (2009, pág. 90-91) esclarece que,

na minha opinião, há dois momentos distintos nesta evolução: o “constitucionalismo da efetividade” e o pós-positivismo constitucional. O primeiro momento vem logo após a promulgação da Constituição de 88. Alguns autores, como Luis Roberto Barroso e Clèmerson Merlin Clève, passam a advogar a tese de que a Constituição, sendo norma jurídica, deveria ser rotineiramente aplicada pelos juízes, o que até então não ocorria. O que hoje parece obviedade, era quase revolucionário numa época em que a nossa cultura jurídica hegemônica não tratava a Constituição como norma, mas pouco mais do que um repositório de normas grandiloquentes, cuja efetivação dependeria quase sempre da boa vontade do legislador e dos governantes de plantão. Para o constitucionalismo de efetividade, a incidência direta da Constituição sobre a realidade social, independente de qualquer mediação legislativa, contribuiria para tirar do papel as proclamações generosas de direitos contidas na Carta de 88, promovendo justiça, igualdade e liberdade.

E prossegue:

pode-se dizer que a doutrina constitucional da efetividade teve êxito no Brasil, no sentido de instalar no senso-comum dos operadores do Direito a ideia de que a Constituição é norma, que pode e deve ser aplicada, independentemente de regulamentação de seus dispositivos pelo legislador ordinário.

Nesse contexto, o princípio constitucional da prioridade absoluta, ao enunciar que crianças e adolescentes têm preferência de atendimento a seus direitos fundamentais, vincula o Estado que não pode validamente negar-se a implementar os comandos constitucionais.

5 O princípio da prioridade absoluta: dever fazer

Com a doutrina da Proteção Integral, inaugurada entre nós com a Constituição de 1988, reconhecem-se todas as crianças e adolescentes como sujeitos de direitos, que devem ser protegidos pela geração adulta, formada pela família, sociedade e Estado.

Basicamente, a doutrina jurídica da Proteção Integral assenta-se em três bases, a saber: criança e adolescente como sujeitos de direitos – deixam de ser objetos passivos para se tornarem titulares de direitos; destinatários de absoluta prioridade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

Com a nova doutrina, as crianças e os adolescentes ganham um novo “status” como sujeitos de direitos, e não mais como menores objetos de compaixão e repressão, em situação irregular, abandonados ou delinquentes.

A teoria da proteção integral representa um indiscutível progresso dos direitos humanos fundamentais, tendo como sustentáculo doutrinário a noção de que crianças e adolescentes são titulares de direitos gerais, como toda e qualquer pessoa, e específicos, devido à sua peculiar situação e pessoa ainda em desenvolvimento físico, mental, intelectual, social e cultural.

Do princípio da proteção integral decorre a exigência de que a tutela e aplicação dos direitos de crianças, adolescentes e jovens tenham prioridade absoluta.

Prioridade, segundo o mais popular dos dicionaristas brasileiros, Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, é

1. Qualidade do que está em primeiro lugar, ou do que aparece primeiro; primazia.
2. Preferência dada a alguém relativamente ao tempo de realização de seu direito, com preterição do de outros; primazia.
3. Qualidade duma coisa é que posta em primeiro lugar, numa série ou ordem. (DICIONÁRIO AURÉLIO, 1986, p. 1.393).

Absoluta, segundo o mesmo dicionário, significa ilimitada, irrestrita, plena, incondicional.

A soma dos vocábulos já nos evidencia o conteúdo da expressão: qualificação dada aos direitos assegurados à população infanto-juvenil, a fim de que sejam inseridos na ordem-do-dia com primazia sobre quaisquer outros.

A respeito do significado da expressão prioridade absoluta, o Promotor de Justiça Wilson Donizeti Liberati (1991, p. 4-5), especialista na área, ensina que,

por absoluta prioridade, devemos entender que a criança e o adolescente deverão estar em primeiro lugar na escala de preocupação dos governantes; devemos entender que, primeiro, devem ser atendidas todas as necessidades das crianças e adolescentes (...). Por absoluta prioridade, entende-se que, na área administrativa, enquanto não existirem creches, escolas, postos de saúde, atendimento preventivo e emergencial às gestantes dignas moradias e trabalho, não se deveria asfaltar ruas, construir praças, sambódromos monumentos artísticos etc., porque a vida, a saúde, o lar, a prevenção de doenças são importantes que as obras de concreto que ficam par a demonstrar o poder do governante.

Tratando-se de comando expresso da Constituição Federal e havendo legislador infraconstitucional delineando concretamente seu conteúdo e extensão, é forçoso reconhecer que não ficou ao alvedrio de cada governante decidir se dará ou não apoio prioritário às crianças e aos adolescentes (DALLARI, 2001, p. 25).

Tal primazia decorre do fato de que o público infanto-juvenil não possui as capacidades necessárias ao exercício, de forma direta, de seus direitos, cabendo, portanto, à família, à sociedade e ao Estado resguardar seus bens jurídicos fundamentais.

O art. 227 da Constituição Federal, como norma definidora de direitos fundamentais de crianças e adolescentes, tem força de autêntica norma jurídica a irradiar efeitos concretos na sociedade.

De observar-se, ainda, que citado princípio-garantia estabelece uma preferência em benefício do público infanto-juvenil que não pode deixar de ser observada. Assim, sendo necessário escolher entre o atendimento de um direito fundamental para uma criança ou para um adulto, deve ser dada prioridade àquela. Essa preferência de atendimento tem bases históricas e éticas.

O texto do art. 227, CF, teve origem popular, sendo seu texto subscrito por quase dois milhões de assinaturas de brasileiros. O desiderato do legislador Constituinte, ao prescrever prioridade absoluta para crianças e adolescentes, foi redimir-se de quase quinhentos anos de omissão nessa temática. A par disso, revela-se indiscutível que crianças e adolescentes, em razão de seu peculiar estado de desenvolvimento e da curta duração desse estágio da vida humana, merecem prioridade de atendimento.

Sua aplicabilidade, não somente por força do art. 5º, parágrafo 1º, CF, mas, sobretudo, pelo reconhecimento de que normas e valores constitucionais irradiam efeitos diretos, concretos e obrigatórios para todo o ordenamento jurídico pátrio, é plena (conforme a já mencionada classificação de José Afonso da Silva).

A prioridade absoluta, enquanto princípio-garantia constitucional, vem sendo reconhecida em julgados dos Tribunais brasileiros, *in verbis*:

Do estudo atento desses dispositivos legais e constitucionais, deduz-se que não é facultado à Administração alegar falta de recursos orçamentários para a construção

estabelecimentos aludidos, uma vez que a Lei Maior exige prioridade absoluta - art. 227 - e determina a inclusão de recursos no orçamento. Se, de fato, não os há, é porque houve desobediência, consciente ou não, pouco importa, aos dispositivos constitucionais precitados, encabeçados pelo § 7.º do art. 227 (ApCiv 62, de 16.04.1993, Acórdão 3.835.) .

O Tribunal de Justiça gaúcho, por seu turno, também faz referência ao princípio quando adverte: “a exigência de absoluta prioridade não deve ter conteúdo meramente retórico, mas se confunde com uma regra direcionada, especificamente, ao Administrador Público” (ApCiv 596017897, 7ª Câm. Civ).

Interessante destacar que, como não poderia deixar de ser, o princípio da prioridade absoluta já foi absorvido pelos Tribunais Superiores:

PROCESSUAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. OBRIGAÇÃO DE FAZER. INSTALAÇÃO DE PROGRAMA SÓCIO-EDUCATIVO DESTINADO A ADOLESCENTE EM REGIME DE SEMI-LIBERDADE NO MUNICÍPIO DE RIBEIRÃO PRETO. DIREITO SUBJETIVO À ABSOLUTA PRIORIDADE NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS À VIDA, À EDUCAÇÃO, À DIGNIDADE, AO RESPEITO, À LIBERDADE E À CONVIVÊNCIA FAMILIAR E COMUNITÁRIA, ENTRE OUTROS. INTERESSE TRANSINDIVIDUAL. CARÊNCIA DA AÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. (...)5.O pleito ministerial não se encontra vedado pelo ordenamento jurídico, constituindo tentativa de assegurar o efetivo respeito ao direito subjetivo do adolescente no município de Ribeirão Preto. 6. Consagrado por um lado o dever do Estado, revela-se, pelo outro ângulo, o direito subjetivo do adolescente. Consectariamente, em função do princípio da inafastabilidade da jurisdição consagrado constitucionalmente, a todo direito corresponde uma ação que o assegura, sendo certo que todos os adolescentes, nas condições estipuladas pela lei, encartam-se na esfera desse direito e podem exigí-lo em juízo. A homogeneidade e transindividualidade do direito em foco enseja a propositura da ação civil pública. 7(...) (Recurso especial desprovido. STJ. HC 97539 / RJ - RIO DE JANEIRO. HABEAS CORPUS. Relator: Min. CARLOS BRITTO. Julgamento: 16.06.2009. Órgão Julgador: Primeira Turma.)

A inobservância do alcance e extensão deste princípio-garantia enseja a adoção de medidas judiciais. Nesse contexto, têm sido cada vez mais recorrentes as decisões judiciais que, com base em princípios encartados no texto constitucional, determinam ao Poder Público a implementação de direitos fundamentais prestacionais.

A título de exemplo, cita-se decisão do e. Ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal, que, em decisão monocrática proferida na Medida Cautelar na ADPF - Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental - número 45, procede a diversas considerações acerca da implementação de políticas públicas, conforme pode ser visto desde a ementa:

Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. A questão da legitimidade constitucional do controle e da intervenção do Poder Judiciário em tema de implementação de políticas públicas, quando configurada hipótese de

abusividade governamental. Dimensão política da jurisdição constitucional atribuída ao Supremo Tribunal Federal. Inoponibilidade do arbítrio estatal à efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais. Caráter relativo da Liberdade de Conformação do Legislador. Considerações favor dos indivíduos, da integridade e da intangibilidade do núcleo consubstanciador instrumental da Arguição de Descumprimento no processo de concretização das liberdades positivas (direitos constitucionais de segunda geração). (ADPF 45 MC / DF Distrito Federal, Medida Cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Relator Min. Celso de Mello. Julgamento 29/04/2004, Publicação DJ 04/05/2004).

Na análise efetuada, o Ministro Celso de Mello explicitou que,

[...] ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente auferível, não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade. (ADPF 45 MC / DF DISTRITO FEDERAL, MEDIDA CAUTELAR EM ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. Relator Min. CELSO DE MELLO. Julgamento 29/04/2004, Publicação DJ 04/05/2004).

No mesmo sentido, Ana Paula de Barcellos (2002) e Andreas Krell (2002) asseveram que,

não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, recebam a investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a atuação do Poder Executivo.

O próprio Supremo Tribunal Federal também vem se posicionando nesse sentido. Ao julgar uma ação envolvendo o Governo do Tocantins, a Corte Suprema abriu um precedente histórico. Na decisão, o presidente do STF, Gilmar Mendes, dando prevalência ao princípio constitucional da prioridade absoluta de atendimento a crianças e adolescentes, determinou que o governo estadual criasse, no prazo de um ano, uma política pública na área de atendimento a adolescentes infratores, sob pena de multa diária.

A decisão abriu uma jurisprudência inédita no Brasil. Pela primeira vez na história, entendeu-se que o Judiciário pode obrigar o Executivo a cumprir políticas públicas sociais. Na antiga posição do Supremo, prevalecia o princípio da separação dos Poderes – pelo qual o Judiciário não poderia interferir em assuntos de competência do Executivo – e o da “reserva do possível”, segundo o qual os direitos só poderiam ser garantidos se houvesse recursos públicos disponíveis.

A ação foi movida pelo Ministério Público de Tocantins contra o governo estadual, exigindo a implantação de um programa de internação e semiliberdade de adolescentes em conflito com a lei em Araguaína, município de 115 mil habitantes.

De acordo com o processo, diante da inexistência de uma unidade de atendimento especializada no município, os adolescentes em conflito com a lei eram encaminhados para uma unidade a 160km (cento e sessenta quilômetros) de distância, dificultando o contato deles com a família.

Após o *Parquet* vencer a ação em primeira e segunda instâncias, o Governo de Tocantins recorreu ao STF. O presidente do Supremo decidiu manter a decisão de determinar que o governo estadual implemente em Araguaína, no máximo em 12 (doze) meses, um programa de atendimento a adolescentes autores de ato infracional, e proibiu o Estado de abrigar os jovens em unidades que não sejam especializadas, sob pena de multa diária de R\$3.000,00 (três mil reais), por tempo indeterminado.

Confiram-se trechos significativos do julgado em comentário:

“SUSPENSÃO DE LIMINAR Nº 235-0/TOCANTINS. RELATORA: MINISTRA PRESIDENTE. REQUERENTE(S): ESTADO DO TOCANTINS. ADVOGADO(A/S): PGE-TO - LUÍS GONZAGA ASSUNÇÃO. REQUERIDO(A/S): TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO TOCANTINS (AGRAVO REGIMENTAL NA SUSPENSÃO DE LIMINAR Nº 1848/07 NA AÇÃO CIVIL PÚBLICA Nº 72658-0/06). INTERESSADO(A/S): MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO TOCANTINS. [...]No presente caso, discute-se possível colisão entre (1) o princípio da separação dos Poderes, concretizado pelo direito do Estado do Tocantins definir discricionariamente a formulação de políticas públicas voltadas a adolescentes infratores e (2) a proteção constitucional dos direitos dos adolescentes infratores e de uma política básica de seu atendimento. (...) A alegação de violação à separação dos Poderes não justifica a inércia do Poder Executivo estadual do Tocantins, em cumprir seu dever constitucional de garantia dos direitos da criança e do adolescente, com a absoluta prioridade reclamada no texto constitucional (art. 227). Da mesma forma, não vislumbro a ocorrência de grave lesão à economia pública. Cumpre ressaltar que o Estatuto da Criança e do Adolescente, em razão da absoluta prioridade determinada na Constituição, deixa expresso o dever do Poder Executivo dar primazia na consecução daquelas políticas públicas, como se apreende do seu art. 4(...) Não se pode conceber grave lesão à economia do Estado do Tocantins, diante de determinação constitucional expressa de primazia clara na formulação de políticas sociais nesta área, bem como na alta prioridade de destinação orçamentária respectiva, concretamente delineada pelo ECA. A Constituição indica de forma clara os valores a serem priorizados, corroborada pelo disposto no ECA. As determinações acima devem ser seriamente consideradas quando da formulação orçamentária estadual, pois se tratam de comandos vinculativos. [...] Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão – por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório – mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. [...]’. Não há dúvida quanto à possibilidade jurídica de determinação judicial para o Poder Executivo concretizar políticas públicas constitucionalmente definidas, como no presente caso, em que o comando

constitucional exige, com absoluta prioridade, a proteção dos direitos das crianças e dos adolescentes, claramente definida no Estatuto da Criança e do Adolescente. [...]

Nesse contexto, observa-se que nas ações judiciais que tenham objeto alguma prestação positiva pelos Poderes Públicos as matérias de defesa a serem arguidas têm seu âmbito bem reduzido, principalmente se essa invocação ocorrer em ações que busquem implementar direitos fundamentais prestacionais para atendimento do público infanto-juvenil por força não apenas da fundamentalidade desses direitos, mas também em razão dos princípios constitucionais da proteção integral e da prioridade absoluta.

As alegações do Poder Público para se escusar de cumprir suas obrigações constitucionais não têm prosperado. Assim, como exemplo, a tese de que os direitos fundamentais sociais são normas de caráter programático tem sido duramente repelida pelo Poder Judiciário.

A citada tese contrária, em um primeiro momento, o art. 5º, parágrafo 1º. da CF/88 que dispõe que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

Embora ainda não exista um grau de consensualidade no que se refere ao significado e alcance desse dispositivo – as posições doutrinárias variam entre os que, adotando posição extremamente tímida, sustentam que a norma em exame não pode atentar contra o estado das coisas, de tal sorte que boa parte dos direitos fundamentais alcança sua eficácia apenas nos termos e na medida da lei e os que, situados em outro extremo, entendem que até as normas de cunho nitidamente programático podem ensejar, em razão de sua aplicabilidade imediata, o gozo do direito fundamental, independentemente de concretização legislativa – para efeito deste trabalho, adota-se a posição intermediária do professor Celso Bastos.

O constitucionalista brasileiro sustenta que os direitos fundamentais são, em princípio, na medida do possível, diretamente aplicáveis, regra que, no entanto, comporta duas exceções: a) quando a Constituição expressamente remete a concretização do direito fundamental ao legislador, estabelecendo a cláusula “na forma da lei”; b) quando a norma de direito fundamental não contiver os elementos mínimos indispensáveis para que se lhe possa assegurar a imediata aplicabilidade (BASTOS; MARTINS, 1989, p. 383).

A norma do art. 227, Constituição Federal, não se insere em nenhuma das exceções mencionadas, pois enuncia direitos fundamentais de crianças e adolescentes sem remeter sua concretização para o legislador ordinário. De igual modo, os termos em que vazado o texto desse artigo revela que ele contém todos os elementos indispensáveis para que se lhe possa exigir a imediata aplicabilidade.

Outro argumento que vem sendo repellido pelos Tribunais brasileiros de forma recorrente é o de que as decisões judiciais que compelem o Poder Público a concretizar direitos fundamentais prestacionais violariam o princípio da separação dos poderes.

A separação dos Poderes, sem dúvida, é um dos princípios fundamentais da democracia moderna. Surgiu para evitar a concentração absoluta de poder nas mãos do

soberano, comum no Estado absoluto que precede as revoluções burguesas e fundamenta-se com as teorias de John Locke e de Montesquieu.

Ínsita à ideia de separação de poderes está o mecanismo de freios e contrapesos, na qual esses três poderes que reúnem órgãos encarregados primordialmente de funções legislativas, administrativas e judiciárias pudessem se controlar reciprocamente, ou seja, um Poder pode, de maneira limitada excepcional, intervir no funcionamento do outro.

No que tange à possibilidade de o Poder Judiciário intervir na formulação de políticas públicas para determinar a concretização de direitos fundamentais prestacionais relativos a crianças e adolescentes, a jurisprudência pátria, com alguma exceção, tem reconhecido essa possibilidade, sob o argumento de que os princípios constitucionais têm força normativa e irradiam efeitos concretos. A inobservância desses princípios-garantia por parte do Administrador Público configura omissão inaceitável e pode ser reparada pelo Poder Judiciário.

Por derradeiro, os Tribunais também têm rechaçado a tese da “reserva do possível”. Essa tese foi utilizada pela primeira vez em decisão emanada do Tribunal Constitucional Federal Alemão, para justificar a existência de limitações à efetivação dos direitos fundamentais sociais.

No Brasil, a noção de reserva do possível se propagou. Aqui, contudo, a expressão perdeu parte de seu sentido inicial, pois a doutrina não costuma se referir à razoabilidade da pretensão, mas tão-somente à disponibilidade ou não de recursos. Seria apenas a reserva do financeiramente possível.

Essa relação entre reserva do possível e disponibilidade financeira é maciçamente mencionada pela doutrina brasileira. Nesse sentido é o posicionamento de Ana Paula de Barcellos, para quem “a expressão reserva do possível procura identificar o fenômeno econômico da limitação dos recursos disponíveis diante das necessidades quase sempre infinitas a serem por eles supridas” (BARCELLOS, 2002, p. 237).

A autora divide a reserva do possível em fática e jurídica. A reserva do possível fática estaria ligada à existência de recursos, ao passo que a reserva do possível jurídica diria respeito à previsão orçamentária para a despesa.

Depois de apresentar a classificação da reserva do possível em fática e jurídica, Barcellos questiona a possibilidade de se alegar a reserva do possível fática, no sentido de ausência total de recursos em caixa, tendo em vista que o Estado tem como arrecadar mais recursos. Todavia, é a própria sociedade a responsável por fornecer os recursos ao Estado. E esse raciocínio leva, de fato, à conclusão de que nunca haverá reserva do possível, se entendida como reserva do possível fática, uma vez que o Estado sempre pode obter novos recursos (BARCELLOS, 2002).

Há certo consenso doutrinário quanto à inoponibilidade da cláusula da reserva do possível em matéria de direitos integrantes do mínimo existencial. A falta de recursos não poderia afetar a realização do mínimo existencial. Poderia, sim, justificar restrições aos direitos sociais, mas não impedir a efetivação das exigências mínimas para a vida com dignidade. Nesse caso, afirma-se que seria necessária a remoção do obstáculo financeiro, mediante a realocação de recursos, a fixação de prioridades ou outro mecanismo.

Para o jurista alemão Robert Alexy (2011, p. 37),

[...] em uma constituição como a brasileira, que conhece direitos fundamentais numerosos, sociais generosamente formulados, nasce sobre esse fundamento uma forte pressão de declarar todas as normas não plenamente cumpríveis, simplesmente, como não vinculativas, portanto, como meras proposições programáticas. A teoria dos princípios pode, pelo contrário, levar a sério a constituição sem exigir o impossível. Ela declara as normas não plenamente cumpríveis como princípios que, contra outros princípios, devem ser ponderados e, assim, estão sob uma 'reserva do possível no sentido daquilo que o indivíduo pode requerer de modo razoável da sociedade'.

Por força da fundamentalidade desses direitos e dos princípios constitucionais da proteção integral e da prioridade absoluta, verifica-se que a invocação da cláusula da reserva do possível será inoponível quando se referir a ações que busquem implementar direitos fundamentais prestacionais para atendimento do público infanto-juvenil.

6 Conclusão

Neste trabalho, procurou-se demonstrar a possibilidade de se reconhecer, diretamente em norma constitucional definidora de direitos fundamentais prestacionais de crianças e adolescentes, um direito subjetivo individual (ou coletivo) a uma prestação concreta por parte do Estado.

A interpretação da Constituição, pautada na dignidade da pessoa humana e no princípio da prioridade absoluta, nos revela que não há mais espaços para deixar-se de cumprir os comandos coercitivos impostos pelo Constituinte nesta temática.

A concepção pós-positivista, fundada na supremacia dos direitos fundamentais, confere ao texto constitucional o caráter de autênticas normas jurídicas, que direcionam o exercício do Poder Executivo e invalidam leis.

A Constituição figura hoje no centro do sistema jurídico, de onde irradia sua força normativa, dotada de supremacia formal e material. Funciona, assim, não apenas como parâmetro de validade para a ordem infraconstitucional, mas também como vetor de interpretação de todas as normas do sistema.

No Brasil, diante da inação na implementação das políticas públicas ou no equívoco na escolha destas, o Poder Judiciário é invariavelmente instado, via tutela jurisdicional, a viabilizar a fruição dos direitos fundamentais mediante o preenchimento das lacunas existentes, sempre sopesando a circunstância de escassez de recursos necessários e a efetivação do direito social colimado de forma a garantir o mínimo existencial.

O Poder Judiciário tem à sua disposição fundamentos jurídicos e instrumentos legais e constitucionais para determinar a efetivação, no caso concreto, das prestações materiais e jurídicas necessárias a garantir os direitos fundamentais prestacionais do público infantojuvenil.

Princípio constitucional da prioridade absoluta e sua densidade normativa: o neoconstitucionalismo e a superação do discurso programático dos direitos fundamentais prestacionais relativos a crianças e adolescentes

Referências

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. *Constitucionalismo discursivo*. Tradução de Luís Afonso Heck. 3. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

BARCELLOS, Ana Paula. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro e São Paulo: Renovar, 2002.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil*, volume II, São Paulo: Saraiva, 1989.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Nova Edição, 13ª tiragem. São Paulo: Campus, 2004.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *O Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

DICIONÁRIO AURÉLIO. *Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

KAUFMANN, A.; HASSEMER, W. (org.). *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. 2 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009, p. 114-115.

KRELL, Andreas Joachim. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional "comparado"*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

LIBERATI, Wilson Donizete. *O Estatuto da Criança e do Adolescente - comentários*. São Paulo: IBPS, 1991.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARMENTO, D. O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: QUARESMA, R.; OLIVEIRA, M. L.; OLIVEIRA, F. (Org.). *Neoconstitucionalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 267-268.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 2006.

A dissimulação do contrato de estágio

The dissimulation of the internship contract

Júlio Alves Caixêta Júnior

Graduado em Direito pelo Centro Universitário de Patos de Minas/UNIPAM - 2010. Especialista em Direito Processual Civil - Universidade Anhanguera (2012). Especialista em Direito de Família e Sucessões - Universidade Anhanguera (2013). Membro do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM). Professor de Direito Civil - Direitos Reais; Processo Civil – Execuções; Direito Civil - Direito de Família; Processo Civil - Procedimentos Especiais; Processo Civil - Prática Jurídica no Centro Universitário de São Gotardo/CESG. Advogado atuante.
E-mail: adv.julio@live.com

Resumo: A dissimulação do contrato de estágio infelizmente atinge de forma muito prática todo nosso país, o que gera uma queda no rendimento escolar evidente, cujo fim é, sem dúvida, a obtenção de maior enriquecimento dos concedentes já “hipersuficientes” às custas das leis pátrias e direitos alheios dos estagiários “hipossuficientes”. Além de violar tais direitos, a dissimulação cria nos estagiários, em sua maioria jovens e em início de carreira profissional, uma formação de valores errada. Dessa forma, devemos observar sempre a função social do contrato de estágio.

Palavras-chave: Contrato. Estágio. Função social. Lei 11.788/08. Salário. Vínculo empregatício.

Abstract: The dissimulation of the internship contract unfortunately reaches a very practical way throughout our country, which generates a clear drop in school performance, whose end is undoubtedly obtaining greater enrichment of grantors which are “more than enough” at the expense of homelands laws and trainees rights which are “less than enough”. Apart from violating these rights, concealment creates in the trainees, most of them young and in early-stage in the career, forming wrong values. Thus, we must always observe the social function of the internship contract.

Keywords: Contract. Internship. Social function. Law 11.788/08. Salary. Employment.

1 Considerações iniciais

Os jovens e adolescentes encontram no estágio, muitas vezes, o único caminho para ingressar no mercado de trabalho. Mas, antes de iniciar essa trajetória, é preciso saber quais as incidências legais quanto a essa relação existente, vez que, muitas vezes, observamos um grande desrespeito e dissimulação dessa relação.

Assim, antes de adentrarmos ao tema propriamente dito, vale citar Leiser (2001, [s.p]).

Certa vez, um homem viajava em um balão de ar quente quando descobriu que estava totalmente perdido. Visto que a sua situação era desesperadora, resolveu diminuir a velocidade e a sua altitude para ver se conseguia se localizar, quando avistou um rapaz andando tranqüilamente pelo campo.

Então, gritou para o rapaz:

“Olá. Você pode me dizer onde estou?”

E o jovem respondeu:

“Mas é claro! Você está num balão, a uns dez metros de altura do solo.”

Constrangido com a resposta, o homem retrucou de cima do balão:

“Você com certeza é estagiário, não é?”

“Sou sim, como o senhor sabe?”, respondeu o rapaz.

“É que a informação que você me deu é tecnicamente perfeita, só que não serve pra absolutamente nada.”

“Bom, o senhor é gerente, não é?”

“Sou mesmo, como você adivinhou?”

“Fácil, fácil! É o seguinte: o senhor não sabe onde está, muito menos pra onde vai. Está perdido e a primeira coisa que faz é colocar a culpa num estagiário!”

O estágio é o momento em que o estudante deveria iniciar sua atuação no mercado de trabalho, treinamento preparatório para sua futura profissão. O contrato é celebrado entre o estudante e o tomador, com a interveniência da instituição de ensino. Esse importante instrumento de ingresso dos estudantes é cabível pela sua possibilidade de adaptar e introduzir o estudante no mercado de trabalho, acrescentando também a este um maior contato com a matéria na qual o mesmo estuda. Assim, trata-se de uma fase preparatória de sua futura profissão.

A principal função do estágio é proporcionar aos estudantes o conhecimento prático das funções profissionais e possibilitar-lhes um contato empírico com as matérias teóricas que lhes são passadas em sala de aula. A teoria, dada em sala de aula, sem a prática proporcionada por um instrutor experiente, é incompleta, o que inevitavelmente prejudicaria o acesso daquele estudante ao mercado de trabalho. O estágio tem como uma de suas finalidades superar esse problema, colocando os alunos em contato com o profissional, em contato com a prática de seu futuro.

A lei 11.788/2008, denominada Lei do Estágio, é o instrumento jurídico direcionador do contrato de estágio. Dispõe em seu artigo primeiro, *in verbis*:

Art. 1º Estágio é ato educativo escolar supervisionado, desenvolvido no ambiente de trabalho, que visa à preparação para o trabalho produtivo de educandos que estejam frequentando o ensino regular em instituições de educação superior, de educação profissional, de ensino médio, da educação especial e dos anos finais do ensino fundamental, na modalidade profissional da educação de jovens e adultos.

§ 1º O estágio faz parte do projeto pedagógico do curso, além de integrar o itinerário formativo do educando.

§ 2º O estágio visa ao aprendizado de competências próprias da atividade profissional e à contextualização curricular, objetivando o desenvolvimento do educando para a vida cidadã e para o trabalho.

Dessa forma, o contrato de estágio é o contrato de trabalho que tem como objetivo aumentar o conhecimento do aluno por meio da inserção do próprio no mercado de trabalho, desenvolvendo a prática de tudo aquilo que se aprende em sala de aula no campo teórico.

Assim, atualmente, observamos que o estágio está sendo utilizado pelos empregadores e tomadores de serviço apenas como um contrato desvirtuado em que o estagiário nada mais é que um empregado, porém sem os direitos e garantias que lhe são devidos.

2 Do contrato de estágio

2.1 SÍNTESE LEGAL HISTÓRICA BRASILEIRA

O estagiário foi tratado no âmbito nacional pela primeira vez, em se tratando de uma norma no decreto 20.294 de 12/08/1931, que em seu art. 4º regulamentava:

Art. 4º decreto 20.294 de 12/08/1931 - A Sociedade Nacional de Agricultura, mediante acordo com o Ministério do Agricultura, admitirá, na Escola, alunos estagiários e internos, recebendo uma dotação anual por aluno matriculado, logo que, para esse fim, exista verba própria.

Assim, observamos que o presente decreto em momento algum conceitua ou ao menos individualiza o que vem a ser o estágio, apenas trata do tema de um modo geral para uma determinada classe de estudantes.

Em 1943, o decreto-lei nº 6.141/43 que regulava o ensino industrial e comercial (Lei orgânica do ensino comercial) foi considerado referência para os trabalhos escolares daquela época, conforme expressa Sergio Pinto Martins (2010) em sua obra sobre o presente estudo.

Em 29 de setembro de 1967, foi criada a Portaria 1002 pelo então Ministro do Trabalho Jarbas Passarinho. Essa portaria tinha como função disciplinar a relação entre empresas e estagiários. As empresas pagavam as bolsas durante o estágio, porém não existiam vínculos empregatícios, ou seja, a relação visava tão somente o aprendizado e ganho de experiência profissional.

Posteriormente, foi criado o Dec. 66.546 de 11 de maio de 1970, conhecido como Projeto Integração, destinado à implementação de programa de estágios práticos para estudantes do sistema de ensino superior de áreas prioritárias. Como seu nome já diz, teve o objetivo de proporcionar aos estudantes de ensino superior de áreas prioritárias, tais como engenharia, tecnologia, administração e economia, o exercício do estágio público e privado.

No ano de 1971, a Lei 5692 de 11/08/1971 regulamentou em seu art. 6º o estágio para 1º e 2º graus.

Com isso, iniciou-se um período de normatização da relação contratual envolvendo o estágio. Assim, o Dec. 69.927 de 13/01/1972, com o nome de Programa Bolsa de Trabalho, normatizou sobre a relação entre a formação escolar do estudante e as tarefas do estágio a serem prestadas no estágio.

O ano de 1975 foi essencial aos estudantes de direito, pois o Dec. 75.778 de 26/05/1975, que dispõe sobre o estágio de estudantes de estabelecimento de ensino superior e de ensino profissionalizante de 2º grau, no Serviço Público Federal, e dá outras providências, prescreveu, no art. 3º, que “o estágio, que se revestirá da forma de

bolsa, se destina à complementação educacional e de prática profissional e será planejado e desenvolvido em harmonia com os programas escolares”.

A primeira lei do estágio foi publicada em sete de dezembro de 1977, a Lei 6.494, sendo muito criticada por Dallegrave Neto (2002, p. 182), que expressava que “o estágio a que se refere a Lei n.º 6.494/77 não exige correlação entre currículo escolar e atividade empresarial. Devendo a lei ser interpretada de acordo com o fim que se destina, [...]; reafirmando de que na escola da vida o aprendizado é eficaz”.

Posteriormente, a lei 8.859/94 alterou em especial a Lei 6.494/77 no que tange ao acompanhamento e avaliação do estágio, assim a lei 8.859/94 modifica dispositivos da Lei n.º 6.494, de 7 de dezembro de 1977, estendendo aos alunos de ensino especial o direito à participação em atividades de estágio.

A lei 9.394 de 20/12/1996, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, em seu art. 82, facultou aos concedentes outras garantias como o seguro contra acidentes e a cobertura previdenciária.

Assim, foram muitas as evoluções socioculturais em nosso país até a chegada da lei 11.788 de 2008, que trata de maneira especial e individualizada sobre o estágio, revogando, em especial, a lei 6.494/77. Lei esta que dispõe sobre o estágio de estudantes; altera a redação do art. 428 da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943, e a Lei no 9.394, de 20 de dezembro de 1996; revoga as Leis nos 6.494, de 7 de dezembro de 1977, e 8.859, de 23 de março de 1994, o parágrafo único do art. 82 da Lei no 9.394, de 20 de dezembro de 1996, e o art. 6º da Medida Provisória no 2.164-41, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências.

Dessa forma, a lei 11.788/08 visa ao aprendizado de competências próprias da atividade profissional e à contextualização curricular, objetivando o desenvolvimento do educando para a vida cidadã e para o trabalho. A nova legislação criou diversas medidas destinadas à proteção dos estagiários. Uma das que merecem maior destaque é a que instituiu limitação de jornada conforme o nível de educação a que esteja se submetendo o estagiário.

2.2 Estágio “*in verbis*”

Conforme observamos, o conceito de estágio é definido pelo art. 1º da Lei 11.788/08, *in verbis*:

Estágio é ato educativo escolar supervisionado, desenvolvido no ambiente de trabalho, que visa à preparação para o trabalho produtivo de educandos que estejam freqüentando o ensino regular em instituições de educação superior, de educação profissional, de ensino médio, da educação especial e dos anos finais do ensino fundamental, na modalidade profissional da educação de jovens e adultos.

Dessa forma, observamos não tratar de vínculo de emprego, logo não tem natureza de emprego. Assim, conforme informa Santos (2006, p. 57), o estágio é uma espécie de prestação de serviço. O estágio é um contrato tanto de formação educacional como também de formação profissional, trata-se do elo entre escola e trabalho.

A Constituição Federal, em seu art. 205, determina: “a educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”.

Assim, o estágio visa ao aprendizado de competências profissionais e à contextualização curricular, pondo em prática todo o conhecimento adquirido no decorrer dos estudos diários em sala de aula.

Observamos, ainda, que o estágio é o tempo em que o estudante exerce sua profissão e trabalha concomitantemente. Dessa forma, o estágio objetiva a formação profissional, vez que o estudante trabalha para aprender melhor o que foi estudado em sala de aula.

O estágio pode ser obrigatório e não obrigatório, sendo obrigatório aquele que faz parte da grade curricular para a formação do estudante, o qual é feito para que o aluno se forme, sendo matéria obrigatória do currículo no próprio curso, sendo carga horária para aprovação e diplomação. No entanto, para ser válido, o estágio necessita do Termo de Compromisso entre estudante e concedente. É uma intervenção obrigatória da instituição de ensino para se certificar de que o aluno realmente está em aprendizado junto ao profissional.

Já o contrato de estágio não obrigatório é aquele que é procurado pelo próprio aluno para adicionar à teoria do curso e que não é obrigatório ao estudante para que este se forme. O estágio não obrigatório é uma atividade opcional, acrescida à carga horária regular. Também é indispensável à instituição concedente o pagamento de uma bolsa auxiliar. É uma intervenção obrigatória da instituição de ensino.

O contrato de estágio tem como finalidade o aprendizado, sendo esta a sua principal característica que o distingue do contrato de trabalho, vez que este tem como finalidade a relação de emprego. Assim, o contrato de estágio visa a não vinculação empregatícia do estagiário, a matrícula e a frequência do educando em curso (quando for possível o estágio), a celebração de termo de compromisso entre estudante, escola e empresa e a compatibilidade entre os horários do estágio e do curso, além das demais regras previstas no termo de compromisso, sendo, ainda, oneroso para todas as três partes. Enquanto a escola deve monitorar, o concedente deve pagar a bolsa, o estudante deve manter-se inscrito como aluno daquele curso e estagiar ao mesmo tempo. O estagiário é considerado subordinado ao seu concedente tal qual o empregado.

Martinez (2009, p. 138) expressa, ainda, que, quanto à sua duração, o contrato é por prazo determinado, podendo ser renovado dentro do prazo em lei, ou seja, dentro de dois anos. Ainda deve-se observar o requisito de existência do termo de compromisso que, segundo o autor em comentário, para haver relação de estágio, não basta apenas a existência do contrato de estágio, sendo também necessário o termo de compromisso.

Importante observarmos que a frequência do aluno cria a obrigação de menos horas trabalhadas e a compatibilidade de horários entre escola e empresa, vez que, conforme citado alhures, sua principal finalidade é o aprendizado. No entanto, este não pode prejudicar seus horários de estudo acadêmico.

O termo de compromisso é indispensável ao estágio, sob pena de vínculo empregatício, vez que este documento que irá direcionar a relação de aprendizado existente entre o estagiário e o concedente da prestação. Assim, trata-se de um contrato obrigatório para existir a relação de estágio ou para inexistir a relação de emprego, sendo celebrado entre estudante e concedente, com intervenção da instituição de ensino.

As atividades exercidas pelo estagiário devem guardar compatibilidade com as atividades específicas do curso, discriminadas no termo. Assim, se de alguma forma existir desvios de funções a serem exercidas pelo estagiário, observa-se a existência de vínculo empregatício, o que descaracterizaria a função do contrato de estágio, sendo o estagiário em verdade um empregado, ao qual devem ser resguardados todos os direitos trabalhistas. É preciso ter aprendizagem prática específica do curso. As tarefas devem ser de apoio, e não tarefas rotineiras.

Observamos, com isso, que qualquer nulidade na relação entre estagiário e tomador configura vínculo empregatício com todos os seus efeitos na esfera trabalhista.

O termo por si só não é uma garantia suficiente para caracterizar o estágio, pois isso relegaria o Princípio da primazia da realidade.

Desse modo, é necessário conferir o estágio na prática, se realmente está ocorrendo, vez que se trata de uma prestação de aprendizado sem a existência de qualquer vínculo empregatício.

Isto é o que aponta o douto Juiz do Trabalho Jorge Alberto Araújo (2009, [s.p]).

Interessante destacar que os concedentes devem estar muito vigilantes para não desrespeitar as regras do estágio, uma vez que qualquer deslize implicará no reconhecimento do contrato como de emprego, com todas as incidências trabalhistas, previdenciárias e fiscais.

A Constituição Federal, em seu art. 7º, XXXIII, proíbe qualquer trabalho de ser feito por menor de 16 anos de idade, salvo na modalidade de aprendiz. Assim, a idade mínima para a prestação do estágio é de dezesseis anos de idade, vez que, por sua natureza, o estagiário em nada se confunde com menor aprendiz.

Observamos, ainda, nessa análise preliminar, que, com a chegada da Lei 11.788/08, o prazo do estágio é de dois anos.

2.3 Dos sujeitos da relação de estágio

2.3.1 Estudante Estagiário

Observamos que, segundo Martins (2010, p. 22), estagiário é pessoa física que presta serviços subordinados à concedente, mediante intervenção da instituição de ensino, visando à formação profissional do próprio.

Nascimento (2009, p. 57) apresenta que o estudante é o destinatário principal da supracitada lei, uma vez sendo ele a parte mais interessada da relação, portanto, somente o estudante poderá ser o favorecido com o estágio, poderá ser estagiário.

Dessa forma, pela própria natureza da relação existente entre estagiário e concedente (relação de aprendizado, aquisição de experiência), jamais poderia figurar como estagiário pessoa jurídica, vez que não tem espaço no conceito de estagiário outrora apresentado.

2.3.2 Instituição Concedente

Afirma Martinez (2009, p. 97) que instituição concedente “é a empresa que acolherá a presença do estagiário em suas dependências para ali aperfeiçoar os cursos que vem frequentando”.

Ao analisarmos o conceito apresentado por Martinez (2009), observamos poder ser pessoa física ou jurídica, vez que em momento algum a relação inversa (do concedente para com o estagiário) deixa de caracterizar a tomadora ou mesmo muda a finalidade do presente contrato.

A Lei 11.788, de 25 de setembro de 2008, anteriormente descrita, visa estipular que são permitidos serem concedentes de estágio também os profissionais liberais dentre outros. Importante ressaltar, nesse ponto, que, na antiga Lei, não havia previsão legal para tal fato, o que demonstrava erro normativo, visto que pode haver estágio através desses profissionais, além dos de pessoa jurídica.

Observamos, ainda, que uma empresa somente terá condições de oferecer um estágio se, em seu quadro permanente, houver pessoal habilitado na área de formação do estagiário, além de estrutura material apta a conceder experiências práticas específicas. Dessa forma, Carelli (2004, p. 104) exemplifica referindo que um estudante de Agrimensura não pode estagiar em uma fábrica de calçados. No entanto, um aluno de Direito pode, desde que em um departamento jurídico. Porém, se esse departamento se circunscrever ao próprio estagiário, faltará à Unidade Concedente as condições técnicas para a concessão do estágio, pois carecerá de profissional que repasse o aprendizado necessário ao estudante.

2.3.3 Instituições de Ensino

A instituição de ensino se relacionará com a concedente, havendo, entre essas partes, a troca de informações para avaliação de como o estagiário vem se desenvolvendo no âmbito prático. Dessa forma, cabe à instituição de ensino verificar se o estágio está sendo propício para o desenvolvimento profissional do aluno.

A instituição de ensino ficará responsável por avaliar as instalações da parte concedente do estágio e sua adequação à formação cultural e profissional do educando, bem como zelar pelo cumprimento do termo de compromisso, reorientando o estagiário para outro local em caso de descumprimento de suas normas.

2.4 Dos direitos dos estagiários

Nascimento (2009, p. 65) apresenta que o estagiário, com o contrato de estágio, conquista alguns direitos obrigatórios, sem prejuízos de outros que a empresa concedente queira instituir, quais sejam o direito ao recesso de 30 (trinta) dias quando

do estágio com duração de 01 (um) ano ou proporcional se inferior a esse período, vale-transporte, seguro contra acidentes pessoais, bolsa como forma de contraprestação ajustada previamente com o concedente e o estagiário, inscrição facultativamente no INSS e cotas de 10% (dez por cento) das vagas para deficientes.

A chamada bolsa-auxílio trata-se do montante que a empresa fornece ao estagiário, trata-se de uma contribuição/contraprestação pela prestação por ele exercida. A atual Lei do Estágio, em seu art. 12, regula que o estagiário poderá receber bolsa ou outra forma de contraprestação que venha a ser acordada, sendo compulsória a sua concessão, bem como a do auxílio-transporte, na hipótese de estágio não obrigatório.

Assim, observamos, com uma análise minuciosa, que sempre que o estágio for facultativo existe a obrigatoriedade da contribuição/contraprestação por parte do tomador, não existindo uma prefixação de valores a serem pagos, vez que cada prestação é única.

Não há previsão expressa de remuneração em descanso semanal nem contribuição previdenciária, entretanto, existe a hipótese de que a bolsa não tem natureza salarial, com isso, não ocorre sobre ela contribuição previdenciária, podendo ser tributada se ultrapassar o limite legal de isenção por ser rendimento.

Prosseguindo com o tema, temos o direito ao auxílio transporte. Como já fora dito, o auxílio transporte só é compulsório para estágio não-obrigatório, vez que se trata do desembolso do concedente para custear nas despesas de transporte do estagiário. Martins (2010, p. 37) expressa que, com relação ao auxílio transporte durante o recesso, este não é necessário, visto que o estagiário não tem que trabalhar, logo não há gasto com transporte para se deslocar ao local da concedente do estágio.

Observamos, ainda, que é direito do estagiário e dever do concedente o seguro contra acidentes pessoais, sendo tal dever pertencente ao concedente ou à instituição de ensino, pagando seguro contra acidentes pessoais. Dessa maneira, o seguro é somente para acidentes pessoais e não contra acidentes de trabalho. Assim, observamos que o último só é cabível pela presença do vínculo de emprego. Logo, constata-se que, na prática, só é cabível em casos de morte ou invalidez permanente do estagiário.

Ocorre que existem decisões jurisprudenciais que defendem o seguro do estagiário para danos morais, materiais ou estéticos dentre outros durante o período de estágio. A segurança do estagiário é de responsabilidade do concedente, conforme se interpreta dos artigo 14 da Lei 11.788/08, artigo 196 da CF, artigo 2º da Lei 8.212 e artigos 154 a 201 da CLT.

Assim, diz Martins sobre o tema: “a saúde é um direito publico subjetivo, que pode ser exigido do Estado, que, por contrapartida, tem o dever de prestá-lo. Está, assim, entre os direitos fundamentais do ser humano, como também se dá para o estagiário, que é um ser humano” (2010, p. 82).

Ainda segundo a combinação dos artigos 154 a 201 da CLT e a Portaria 3.214/78 do Ministério do Trabalho, observamos a necessidade de exame médico admissional, periódico e demissional, além do estagiário adquirir equipamentos de segurança adequados à atividade quando necessário.

Salientamos que, além dos direitos aqui já descritos, caso sejam concebidos outros tantos, vige a regra que em nenhuma delas há vinculação do estagiário ao nível de empregado, nos termos do §1º, art.12 da Lei 11.788/08. Martinez (2009, p. 103) afirma que

é estudante, mas também um trabalhador, embora nem sempre a qualidade do estagiário deva fazer parte do raciocínio do aplicador da norma para considerá-lo um empregado. Por exemplo, se é acidente do trabalho, um desentendimento entre um empregado e um estagiário.

Outra grande vantagem do estagiário é a jornada de trabalho, pois, como é reduzida, não prejudica o estudante com a frequência em sala e também nos estudos, pois não poderia ultrapassar quatro horas diárias ou vinte horas semanais para alunos de escolas até o ensino fundamental e educação especial, e seis horas diárias ou trinta horas semanais para estudantes de ensino médio e superior. A jornada pode ser cumprida em mais de uma Organização concedente, desde que não exceda, no total, o limite legal permitido.

Caso ocorra excesso na jornada, ultrapassando os limites impostos pelo artigo 10 da lei 11.788/08, não há direito de compensação ao estagiário, tão pouco formação de quadro de horas, cabendo tão somente à configuração do vínculo empregatício, vez que se encontra descaracterizado o vínculo e a finalidade do estágio.

Da mesma forma que as férias são direito para o empregado com vínculo trabalhista, o estagiário tem direito ao recesso. Seus princípios são os mesmos das férias: questões de ordem biológicas, sociais e salutaras dentre outras. O estagiário também precisa de descanso para sua mente e seu corpo. Tem a preferência da escolha de quando irá tirá-las, sendo que a lei prevê a preferência na época de recesso escolar. É indisponível tanto quanto as férias do empregador. O recesso é remunerado, porém não são previstos o pagamento de décimo terceiro salário, nem do terço constitucional. No entanto, se o recesso é inferior a um ano, tem sido adotado o procedimento de que o recesso desse estagiário é proporcional ao seu período de atividade laborativa, sendo levado em consideração o §2º, art. 13 da Lei 11.788/08.

Para que seja aplicada a proporcionalidade, devemos observar o tempo em que o estagiário trabalhou. Martins (2010, p. 57) conclui que

o recesso deverá ser concedido dentro do período de vigência do contrato de estágio. Não há previsão específica de pagamento indenizado do recesso não gozado pelo estagiário. Entretanto, essa parece ser a solução mais razoável, pois, do contrário, o estagiário será prejudicado e haverá enriquecimento sem causa do concedente. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé.

Dessa forma, constatamos que não há previsão na lei quanto ao fracionamento do recesso, nem ao comunicado de recesso com antecedência de trinta dias.

Assiste ainda ao estagiário a faculdade de se inscrever como segurado facultativo do Regime Geral de Previdência Social (§2º, art.12 da Lei 11.788/08).

Importante ainda apresentar que a estagiária grávida não tem direito a salário-maternidade, porém, se contribuir como segurada facultativa, terá a garantia quando engravidar.

2.5 Dos estagiários de direito

Filho e Scussel (*apud* MARTINS, 2010), de maneira totalmente direcionada, apresentam que a lei de estágios não se aplica totalmente ao estagiário de direito, porque a matéria é regulada pela Lei 8.906 de 1994 - Estatuto da OAB, em seu art. 8º e seguintes.

Assim, constatamos que, enquanto a Lei 11.788 é geral, a Lei 8.906 é especial. Logo, quando falamos de estágio específico de direito, a Lei especial e a lei geral vigorarão juntas.

Assim afirma com relação a isso o doutrinador Martinez: “a Lei de LEE não revogou as normas próprias do estágio dos advogados. Os dispositivos compatíveis da Lei n. 11.788/08 com essa profissão liberal poderão ser invocados, quando de dúvidas” (2009, p. 142).

São muitas as diferenças do estágio de Direito e o de outras áreas. Observamos que, enquanto o estágio em geral pode ser feito durante todo o curso da faculdade, o estágio de Direito só pode ser exercido com a produção assistida e a assinatura de petições além de outros atos da advocacia como carga de processos, nos últimos dois anos de faculdade.

Tal fixação de um prazo para início do exercício do estágio não impede o estagiário de Direito de estagiar, ou seja, poderá iniciar o seu estágio, só que o mesmo só pode exercer atos não processuais junto aos órgãos judiciários, o estágio de Direito adquire a capacidade a partir do sétimo semestre. Dessa forma, caso o estagiário pratique qualquer ato processual antes de estar no sétimo período, tal ato é considerado nulo.

O Estatuto observa, ainda, que, além do estagiário dever estar no sétimo período, necessário se faz sua inscrição/cadastramento junto à OAB de sua comarca, para dar-lhe o direito de efetuar carga de processo e outros atos processuais. Assim, caso o estagiário não seja inscrito na OAB, seu ato também é considerado nulo.

Com relação às horas que o estagiário deverá realizar, o Estatuto da OAB apresenta-se omissivo, não apresentando qualquer norma de como deverá ser realizada a jornada do estagiário. Assim, é complementada pela lei de Estágio, ou seja, a jornada de trabalho também será reduzida, para não prejudicar o estudante com a frequência em sala e também nos estudos, não podendo ultrapassar seis horas diárias ou trinta horas semanais, nos termos do art. 10 da lei 11.788/08.

O estagiário, assim como o advogado, é proibido de exercer a advocacia, sobretudo em modos gerais os que estão subordinados aos poderes políticos e poderes econômicos de nosso país, dentre outros. A advocacia está sujeita apenas à consciência do advogado, sendo as proibições definidas no art. 28 do Estatuto da Advocacia. Assim definem as proibições:

Art. 28 - A advocacia é incompatível, mesmo em causa própria, com as seguintes atividades:

I – chefe do Poder Executivo e membros da Mesa do Poder Legislativo e seus substitutos legais;

II – membros de órgãos do Poder Judiciário, do Ministério Público, dos tribunais e conselhos de contas, dos juizados especiais, da justiça de paz, juízes classistas, bem como de todos os que exerçam função de julgamento em órgãos de deliberação coletiva da administração pública direta ou indireta; 18;

III – ocupantes de cargos ou funções de direção em órgãos da Administração Pública direta ou indireta, em suas fundações e em suas empresas controladas ou concessionárias de serviço público;

IV – ocupantes de cargos ou funções vinculados direta ou indiretamente a qualquer órgão do Poder Judiciário e os que exercem serviços notariais e de registro;

V – ocupantes de cargos ou funções vinculados direta ou indiretamente à atividade policial de qualquer natureza;

VI – militares de qualquer natureza, na ativa;

VII – ocupantes de cargos ou funções que tenham competência de lançamento, arrecadação ou fiscalização de tributos e contribuições parafiscais;

VIII – ocupantes de funções de direção e gerência em instituições financeiras, inclusive privadas.

§ 1º A incompatibilidade permanece mesmo que o ocupante do cargo ou função deixe de exercê-lo temporariamente.

§ 2º Não se incluem nas hipóteses do inciso III os que não detenham poder de decisão relevante sobre interesses de terceiro, a juízo do Conselho competente da OAB, bem como a administração acadêmica diretamente relacionada ao magistério jurídico.

O Estatuto prevê, ainda, que são atos do estagiário que dispensam a presença do advogado, dentre outros, o de retirar e devolver autos em cartório, assinando a carga, obter com escrivães e chefes de secretarias certidões de peças ou autos de processo e assinar petições de juntadas de documentos a processos.

3 A dissimulação do contrato de estágio

3.1 Dos benefícios da lei 11.788 de 2008

Os melhores benefícios criados pela lei 11.788/08 destacam a bolsa de estudos, o seguro pessoal, a inexistência de vínculo empregatício, além de outras tão importantes quanto essas como a exigência do termo de compromisso e da apólice de seguro.

Martins (2008, p. 67) considera a lei 11.788/08 muito mais moderna que a anterior que disciplinava sobre a relação existente, trazendo regras mais rígidas e atualizadas das situações práticas do estágio, sendo mais detalhista, fazendo novas previsões em relação à lei anterior. Além disso, essa nova lei é mais complexa.

Observamos que a lei 11.788/08 tem uma preocupação muito maior com o estágio e a educação do estagiário. O fato de sua criação demonstra que houve uma

evolução, pois se criou uma lei para proteger melhor os direitos dos alunos estagiários, para tentar inibir qualquer forma de prejuízo ao estudante.

Santos (2006) expressa que a lei nova também traz uma importante coerção aos concedentes. Dessa forma, caso não sejam cumpridos os requisitos da lei, cria-se o vínculo jurídico. Sem as determinações do artigo 3º da lei 11.788/08, a pessoa que presta os serviços passa a ser regulada pela CLT, ou seja, cria-se um vínculo empregatício, fato que antes não era expresso na legislação. Antes dessa lei, ocorriam muitos abusos aos estagiários na prática. Essa nova lei buscou, então, coibir esses abusos.

3.2 Dos prejuízos da lei 11.788 de 2008

Da mesma forma que a lei 11.788/08 trouxe benefícios à classe, observamos algumas desvantagens. A primeira que observamos é referente ao prazo máximo do estágio. Apesar de pelo lado positivo o limite de tempo evitar fraudes, por outro lado, o prazo máximo de dois anos limita o estudante, sendo que este necessitará procurar outro local para continuar estagiando após os dois anos de contrato, não permitindo, assim, que o estudante dê continuidade ao aprendizado que já possui um ritmo adquirido nos dois anos.

Matos (2009) expressa que a norma precisaria também ter sido mais específica em relação à reserva de vagas para deficientes. Não é totalmente compreendido se a empresa que tem menos de dez estagiários deve ou não cumprir a reserva, já que a cota seria menor que um estagiário.

Martins (2010, p. 129), na conclusão de sua obra, expressa que

a Lei 11.788 traz maior rigor em relação a certos requisitos para a validade do estágio, como o prazo máximo de duração. Estabelece direitos ao estagiário: jornada de trabalho, recesso remunerado etc. Entretanto, torna mais onerosa a contratação do estagiário, em razão dos novos direitos que foram concedidos. Conheço escritório de advocacia que não vai mais ter tantos estagiários e vai cortar vagas de estagiários em decorrência das novas exigências da lei, o que é negativo para a admissão de estagiários.

Outro prejuízo trazido pela lei do estágio é o limite máximo de estagiários para cada concedente, é visível que tal mudança busca evitar fraudes em concedentes cuja maioria dos trabalhadores são estagiários. Com isso, embora, por um lado, diminua o número, às vezes, excessivo de estagiários em um tomador de serviços, por outro, limita esse tomador a contratar maior número de estagiário.

3.3 Dissimulação da função social do estágio

O estágio, assim como todas as atividades em sociedade e em especial as atividades educativas, tem função social. Essa função visa o aperfeiçoamento prático e técnico das atividades aprendidas em sala de aula, a fim de que haja uma maior assimilação do conhecimento, pondo em prática tudo aquilo que foi adquirido em sala

de aula. Além disso, o estágio também tem como função a inserção inicial no mercado de trabalho. Santos (2009) expressa que muitos pensam que o estágio, por se tratar de uma atividade que insere o estudante no mercado de trabalho, seria então uma espécie de primeiro emprego.

Dessa forma, a postura de um empregador ao contratar um estagiário deve ser a de trazer maior conhecimento a este, podendo, ao fim, até contratá-lo. Nesse caso sim ocorreria então o primeiro emprego.

Observamos que contrato de estágio não veda qualquer atuação do estagiário no desempenho das atividades desenvolvidas pelos empregados da empresa concedente do estágio, nem o cumprimento da jornada por estes desenvolvida, desde que o trabalho prestado atenda à finalidade de propiciar experiência prática na linha de formação do estagiário e que haja compatibilidade do trabalho com o horário escolar.

Ao exigir do estagiário a prestação de serviços nos mesmos moldes dos demais empregados, com cumprimento de jornada excessiva, que impeça sua integração normal à atividade escolar, o contrato firmado entre as partes deixa de cumprir os objetivos legais do estágio, desvirtuando a sua função social, que é a de permitir o ganho educacional e profissional específico do estudante-estagiário.

Como já havia sido falado com relação à fraude do estágio, este só é possível na prática, visto que os requisitos entre contrato de trabalho e o contrato de estágio são muito parecidos. Por fim, percebemos que o bem maior protegido é a educação do estagiário, visto que o fato deste piorar sua frequência em sala de aula é fator decisivo para caracterização do desvirtuamento do estágio, caracterizando, assim, a relação empregatícia.

Vale ressaltar novamente que a prioridade do estágio, ou seja, sua principal função social é a aprendizagem e o conhecimento, deixando para segundo plano a questão do trabalho. Este é apenas um complemento pedagógico e nunca poderá retirar a prioridade do estudo nas práticas do estágio, sendo caracterizado por aspectos formais, consubstanciados nos requisitos exigidos pela lei para sua celebração, requestando, principalmente, o termo de compromisso firmado entre o estudante e a parte concedente do estágio, a intervenção obrigatória da instituição de ensino e a observância do prazo de duração do estágio constante do contrato de bolsa, sendo necessário, ainda, que o estagiário esteja frequentando curso vinculado à estrutura de ensino nos níveis superior, profissionalizante de segundo grau e supletivo, e a empresa concedente proporcione experiência prática na linha da formação profissional. O estágio deve propiciar ao estudante a complementação do ensino e da aprendizagem, em consonância com os currículos, programas e calendários escolares.

Sendo assim, a falta dos requisitos formais, a falta da fiscalização da concedente, a falta da instituição de ensino, a incompatibilidade entre a função do estágio e a sala de aula e o fato de o estágio não ser um complemento educativo ao que é estudado na instituição de ensino são questões fundamentais para formação de uma dissimulação da caracterização do estágio. Observamos, nesse ponto, que sempre que for descumprida a função social do contrato de estágio será reconhecido o vínculo empregatício, gerando todos os direitos trabalhistas.

Sempre devemos observar que a finalidade do contrato de estágio é proporcionar, na prática, experiências profissionais, complementando o ensino e o aprendizado do estudante. Ainda que a prestação de serviços se dê com pessoalidade, onerosidade e não eventualidade, o estudante fica adstrito aos termos de um contrato especial de trabalho, e, como tal, tem tratamento específico, inserido na Lei do estagiário.

Assim, conforme bem observa Nascimento (2009, p. 69), o contrato de estágio tem sido, por diversas vezes, utilizado como forma de fraudar o contrato de emprego, vez que são bastante similares. Contudo, cabe sempre lembrar que o contrato de estágio, o qual obedece a todos os requisitos formais e materiais, não gera vínculo empregatício.

4 Conclusão

As partes, estagiário e concedente, apresentam-se distantes, tendo, de um lado, o concedente, parte forte e detentora do poder econômico da relação, ostentando uma melhor situação financeira e, de outro, o estagiário, sendo este claramente hipossuficiente no caso em tela.

Os conceitos, as fundamentações e os elementos do contrato de trabalho e contrato de estágio mostram uma enorme sutileza entre a diferenciação de ambos. Tanto o contrato de trabalho como o contrato de estágio tem como requisitos a pessoa física, a pessoalidade, a continuidade, a subordinação, a onerosidade e a alteridade. A distinção, como apontou Martins (2008), são o fim pedagógico e a presença dos requisitos formais. Assim, além dessa distinção ser muito sutil, no caso do fim pedagógico, tal conceito só pode ser analisado na prática.

Dessa forma, muito comum os concedentes promoverem a utilização fraudulenta dos estagiários, trabalhando na função que caberia a um empregado, visando uma mão de obra barata para maior obtenção de lucros. O estagiário que é explorado por seu concedente não tem os direitos nem os ganhos financeiros que um empregado de carteira assinada. Concluímos que é muito atrativo para concedente tal conduta, apesar de todas as sanções legais impostas.

A contratação do estagiário não visa apenas aproveitar mão-de-obra mais barata, mas também deve impor deveres à concedente dentre os quais a educação é a prioridade. Não são meros empregados de última escala sem os direitos dos demais. Não podem ser exigidos com a mesma carga horária, atividade ou exigência que os demais, qualquer que seja a sua função.

Martins (2008) observa até o uso de expressões como *escraviário* ou *office boy de luxo* para esses estagiários que, além de estudar, fazem carga horária às vezes igual ao dos demais funcionários e ainda não recebem tudo que lhe seria de direito. O estagiário deve receber aprendizagem onde estagia e a função do estágio não pode ser desvirtuada pela simples vontade do concedente, como se fosse facultativo a este utilizar um estagiário em função de emprego ou não. O que se espera é que a lei aliada às decisões do poder judiciário possa mudar a postura e que se passe a respeitar a legislação de nosso país.

Delgado dispõe acerca do estágio que

esse vínculo sociojurídico foi pensado e regulado para favorecer o aperfeiçoamento e complementação da formação acadêmico-profissional do estudante. São seus relevantes objetivos sociais e educacionais, em prol do estudante, que justificaram o favorecimento econômico embutido na Lei do Estágio, isentando o tomador de serviços, participe da realização de tais objetivos, dos custos de uma relação formal de emprego. Em face, pois, da nobre causa de existência do estágio e de sua nobre destinação e como meio de incentivar esse mecanismo de trabalho tido como educativo, a ordem jurídica suprimiu a configuração e efeitos justralhistas a essa relação de trabalho *lato sensu* (DELGADO, 2000, *apud* SANTOS, 2009, [s.p]).

Santos (2009) expressa que tal situação é completamente contrária exatamente quando o concedente utiliza o estagiário como um empregado, ordenado este para que exerça funções cabíveis a um empregado, sem, contudo, dar a este os direitos que lhe seriam devidos. Assim, grandes são os problemas no contrato de estágio. Ao exercer função de empregado, o estagiário fraudado não tem proteção de direitos de empregados tais quais o direito trabalhista e previdenciário, exceto se comprovada a fraude do estágio em esfera judiciária, o que faria com que fosse reconhecido o vínculo empregatício.

Cora Gabriela Magalhães Ribeiro dos Santos (2009) expõe, ainda, que outro grande problema e talvez seja o principal é a fiscalização. Os estágios ainda não são eficientemente fiscalizados, o que acarreta enorme prejuízo a todos os envolvidos, mas, sobretudo, ao país como um todo, visto que estudantes perdem sua prioridade educativa e passam verdadeiramente a trabalhar.

Assim, constatamos que passados 06 (seis) anos de vigência da Lei nº 11.788/08, Lei do Estagiário, esta se apresenta como um instrumento bastante útil, pois constata-se que o referido diploma legal veio realmente para beneficiar os estagiários, assegurando-lhes mais direitos e trazendo um maior rigor em relação a certos requisitos para a configuração e validade do estágio.

Com todos os avanços perpetrados pela nova lei do estágio, este deve ser incentivado como precioso instrumento de aperfeiçoamento prático sócio-profissional com o intuito de, no futuro, proporcionar ao estudante uma expectativa do que o aguarda no mercado de trabalho, unindo-se, assim, os ensinamentos teóricos aos práticos, em que o aluno tem a oportunidade de exercitar todo o aprendizado adquirido em sala de aula.

A dissimulação do contrato de estágio, infelizmente, atinge de forma muito prática todo nosso país, o que gera uma queda no rendimento escolar evidente, cujo fim é, sem dúvida, a obtenção de maior enriquecimento dos concedentes já “hipersuficientes” às custas das leis pátrias e direitos alheios dos estagiários “hipossuficientes”. Além de violar tais direitos, a dissimulação cria nos estagiários, em sua maioria jovens em início de carreira profissional, uma formação de valores errada.

A formação de valores para estes é baseada no não cumprimento de leis nacionais e na desonestidade em troca de um ganho financeiro, o que dentre outras situações não contribui para o desenvolvimento do nosso país, muito pelo contrário.

Observamos que o estágio, além de necessário para a concretização do aprendizado teórico, deve ser encarado como o início de uma escalada profissional,

uma chance dada a muitos, porém aproveitada por poucos. Galgar voos maiores numa empresa nem sempre é possível, mas a experiência adquirida sempre será muito interessante para o mercado de trabalho.

Ao mesmo tempo em que alguns empregadores fazem o mau uso do estagiário, como meio de redução nos custos com mão de obra, fraudando a legislação trabalhista, muitos outros proporcionam ao estudante o aprendizado e a vivência necessária no ramo que o estudante decidiu seguir.

Precisamos, dessa forma, nos conscientizar da necessidade de erradicar do país esse problema que começa nas instituições de ensino e nos estabelecimentos concedentes e termina na desqualificada formação profissional para aqueles cujo objetivo, ao começar um estágio, seja o de serem inseridos no mercado de trabalho antes da formação acadêmica como também daqueles estudantes que também necessitam do estágio como uma espécie de renda, com os ganhos da bolsa-auxílio. Assim, devemos erradicar o tão chamado “jeitinho brasileiro”.

Dessa forma, observados os requisitos essenciais para a validade do estágio e levando em consideração seus reais objetivos, a Unidade Concedente e o Estagiário, em conjunto com a Instituição de Ensino e, facultativamente, o Agente de Integração, contribuirão todos para a formação de melhores profissionais e, paulatinamente, para o crescimento da própria sociedade, uma vez que o profissional encontrará um amparo prático durante seu aprendizado, o que, conseqüentemente, facilitará seu ingresso no mercado de trabalho.

Referências

ARAÚJO, Jorge Alberto. Férias (ou recesso) de estagiário. O momento da concessão. *Jus Navigandi*, IV fórum mundial de juízes – avanços civilizatórios, 06 dez 2009. Disponível em: <<http://direitoetrabalho.com/2009/12/ferias-ou-recesso-de-estagiario-o-momento-da-concessao/>>. Acesso em: 10 maio 2014.

CARELLI, Rodrigo de Lacerda. *Formas atípicas de trabalho*. São Paulo: LTr, 2004.

DALLEGRAVE NETO, José Affonso. *Inovações na legislação trabalhista: reforma trabalhista ponto a ponto*. 2. ed. rev. e atual. – São Paulo: LTr, 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/4773/contrato-de-estagio-como-meio-fraudulento-de-contrato-de-trabalho#ixzz3Kxe3iBpz>>. Acesso em: 10 maio 2014.

LEISER, Tatiane. *O que é ser estagiário*. 2001. Disponível em: <<http://www.catho.com.br/carreira-sucesso/dicas-emprego/o-que-e-ser-estagiario>>. Acesso em: 10 maio 2014.

MATOS, Bruno Florentino de. *A Nova Lei de Estágio à Luz da Lei 11.788/08*. 2009. Disponível em: <<http://www.artigos.com/artigos/humanas/educacao/a-nova-lei-do-estagio-a-luz-da-lei-11.788%1008-6496/artigo/>>. Acesso em: 10 maio 2014.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Do estágio profissional em 1.420 perguntas e respostas*. São Paulo: Ltr, 2009.

MARTINS, Eduardo Antonio Kremer. *O contrato de estágio como mecanismo de fraude à legislação trabalhista*. 2008. Disponível em: <<http://www.artigonal.com/doutrina-artigos/o-contrato-de-estagio-como-mecanismo-de-fraude-a-legislacao-trabalhista-563136.html>>. Acesso em: 10 maio 2014.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do trabalho*. São Paulo: Atlas, 2008.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Estágio e relação de emprego*. São Paulo: Atlas, 2010.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho relações individuais e coletivas do trabalho*. 24. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 10 maio 2014.

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. *Consolidação das Leis do Trabalho*. Decreto Lei N.: 5.452, de 1º de maio de 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452compilado.htm>. Acesso em: 10 maio 2014.

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. *Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB)*, Lei N.: 8.906, de 4 de julho de 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8906.htm>. Acesso em: 10 maio 2014.

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. *Lei N.: 11.788, de 25 de setembro de 2008*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11788.htm>. Acesso em: 10 maio 2014.

SANTOS, Cora Gabriela Magalhães Ribeiro dos. *Desvirtuação do contrato de estágio*. 2009. Disponível em: <http://www.webartigos.com/artigos/desvirtuacao-do-contrato-de-estagio/19607/>. Acesso em: 10 maio 2014.

SANTOS, Juscelindo Vieira dos. *Contrato de estágio: subemprego aberto e disfarçado*. São Paulo: LTr, 2006.

As metas de produtividade do conselho nacional de justiça e a necessidade de respostas rápidas em Direito

The National Council of justice productivity goals and the need for rapid responses in Law

Cássio Schneider Bemvenuti

Advogado; Pós-Graduado pela Academia Brasileira de Direito Processual Civil – ABDPC;
Mestre em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS.
E-mail: cassiobemvenuti@gmail.com

Resumo: O Conselho Nacional de Justiça é o órgão que tem como escopo a representação da sociedade no controle externo do Poder Judiciário Brasileiro, estabelecendo, entre outras coisas, metas de produtividade aos Tribunais, visando diminuir a morosidade dos mesmos. A necessidade imposta pelas grandes corporações de respostas eficientes, ágeis e efetivas permeia o Poder Judiciário. A necessidade de respostas céleres em direito confronta diretamente com o dever do Estado de garantir a ordem constitucional e os direitos fundamentais no Processo. É observando este confronto entre a necessidade de respostas céleres em Direito e o dever de observar as garantias constitucionais do processo, que se questionam os limites de possibilidade das metas de produtividade impostas aos Magistrados e Tribunais. Questiona-se a propósito de um novo conceito de tempo, a atormentar a prática forense, como a recorrente questão da morosidade da justiça nos dá conta. Faz-se ligeiro contraponto entre súmula vinculante e *writ of certiorari*. Denuncia-se a ditadura das metas impostas pelo Conselho Nacional de Justiça, observando as reformas Legislativas do Estado Brasileiro neste início de século XXI.

Palavras-chave: Processo. Conselho Nacional de Justiça. Celeridade. Metas de Produtividade.

Abstract: The National Council of Justice is the body that has the scope to represent the society in the external control of the Brazilian Judicial Body by establishing, among other things, productivity targets to the Courts, in order to decrease the delay of them. The necessity of efficient, agile and effective responses imposed by the large corporations permeates the judiciary. The need for rapid responses in law confronts directly with the state's duty to ensure the constitutional and fundamental rights in the Process. By observing this confrontation between the need for rapid responses in Law and the duty to observe the constitutional guarantees of the process, it is questioned the possibility of limits imposed on productivity goals and Magistrates Courts. It is questioned the purpose of a new concept of time, to plague the legal practice, as the recurrent question of the slow pace of justice shows us. It is made a slight counterpoint between binding precedent and *writ of certiorari*. It is alleged the dictatorship of the targets set by the National Council of Justice, noting the legislative reforms of the Brazilian State early this century.

Keywords: Process. National Council of Justice. Celerity. Productivity Goals.

1 Introdução

Não é de hoje que o confronto entre a necessidade de uma decisão célere entra em aparente conflito com a busca de uma jurisdição que garanta ao indivíduo um

Processo que respeite suas garantias fundamentais. Também não é nova a tentativa do Estado, detentor do monopólio da Jurisdição, de garantir uma resolução rápida dos conflitos. Contudo, o paradigma enfrentado pelo Poder Judiciário brasileiro neste início de século XXI é verdadeiramente intrigante.

A Constituição Federal de 1988 é um marco como documento protetor do princípio da dignidade humana, fundamento da existência e da proteção dos direitos humanos. A morosidade dos órgãos da Administração Pública e do Poder Judiciário na prestação de uma tutela efetiva às partes, em tempo útil e justo, é um problema sério a ser sanado atualmente. As garantias fundamentais do cidadão recepcionadas pelo texto constitucional de 1988 são cotidianamente solapadas por um Poder Judiciário que não vence as demandas diárias levadas até ele.

Não restam dúvidas de que em tempos de *revolução cibernética* a morosidade do Poder Judiciário tende a ser combatida. Contudo, é de se questionar que a necessidade de uma justiça célere e efetiva não está se confrontando com garantias fundamentais de nosso sistema jurídico. De que forma o Estado brasileiro, no exercício do monopólio da jurisdição, pretende garantir ao cidadão um processo que respeite os preceitos constitucionais e seja verdadeiramente ágil? Até que ponto o paradigma de *metas* que permeia o capital privado pelo mundo é cabível, quando tratamos de justiça? São questionamentos que se mostram importantes.

A atual morosidade enfrentada pelo processo não é exatamente fruto do fator segurança jurídica, mas das carências estruturais do Poder Judiciário e do exacerbado número de ações, crescente ano a ano, dentre outros fatores. O que se tem visto é uma queda na qualidade da prestação jurisdicional e, por conseguinte, da segurança jurídica, em virtude de certas tentativas de deixar mais célere a resolução das demandas que chegam ao Judiciário.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 recepcionou uma série de princípios e garantias fundamentais a serem observadas no processo. De outro lado, existe uma profunda preocupação da sociedade em buscar solução rápida para seus conflitos e realizações de seus interesses.

A *estrutura* do sistema judiciário brasileiro revela-se despreparada para cumprir as *funções* cada vez mais complexas, que exigem decisões *adequadas* constitucionalmente. Os princípios insculpidos em nossa constituição devem ser observados diariamente na aplicação e desenvolvimento do Processo Judicial.

A busca de uma prestação jurisdicional célere e eficaz é um ideal alçado, inclusive na tentativa de recobrar o prestígio da Justiça. Todavia, quando a busca da celeridade afrontar garantias processuais de ordem constitucional igualmente importantes, tem-se o efeito reverso. Para dimensionar tal problema, foi feito um paralelo a respeito da concepção da celeridade processual como direito fundamental do ser humano, anterior e posterior à Emenda Constitucional n.º 45 (31/12/2004), que introduziu o inciso LXXVIII ao Artigo 5º, da Constituição Federal de 1988.

2 O conselho nacional de justiça brasileiro e a necessidade de respostas céleres em direito neste início de século XXI

Se o tempo é a dimensão fundamental da vida humana e se o bem perseguido no processo interfere na realização do direito do litigante que o reivindica, a delonga no processo gera um efeito negativo. Daí a preocupação e a busca da sua efetividade e celeridade processual. É imperioso buscar-se a desburocratização do nosso ordenamento jurídico, encontrar meios de facilitar o acesso do cidadão à justiça e prestigiar a criação de instrumentos processuais que permitam proteger de modo eficaz e efetivo os interesses difusos e coletivos.

Tornar o processo célere e efetivo sem deixá-lo arbitrário ou aleatório e sem perder de vista os princípios e garantias fundamentais é o desafio do processo contemporâneo, especificamente o brasileiro. A celeridade é, hodiernamente, uma condição da efetividade do processo. Tutela intempestiva não pacifica adequadamente, da mesma forma, tutela temporalmente ineficaz não atinge a finalidade do processo.

Contudo, toda busca por uma jurisdição mais célere deve ter como *vetor* a observância das garantias fundamentais conquistadas ao longo de séculos pelo cidadão. Trata-se de um equilíbrio constantemente buscado quando se fala em realização da Justiça e em monopólio da jurisdição por parte do Estado. A busca pela efetividade da jurisdição não pode servir de justificativa para um processo estritamente individualista e um Judiciário que busca solucionar conflitos o mais rapidamente possível para atingir as *metas* impostas pela sociedade atual.

Em outras palavras, a busca por uma justiça mais célere e eficaz não pode estar calçada nos ideais do capital privado, objetivado por metas de produtividade, sem observar as garantias fundamentais do cidadão. O processo passa a ser permeado pelos interesses que até então eram tidos como privados. A necessidade de respostas rápidas em direito passa a se sobrepôr a uma jurisdição que realize os direitos insculpidos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. O ensinamento de Silva (2008, p. 90) é nesse sentido.

É comum ouvirmos dizer que o Poder Judiciário funciona mal; que é demasiadamente moroso, ante uma civilização cada vez mais tangida pela pressa e agora já nem se trata mais de urgência, mas pela pura instantaneidade, com a eliminação do espaço e do tempo das comunicações virtuais. No que respeita ao direito processual, direi que o dogmatismo fez com que perdêssemos a visão do bosque. Vemos apenas as árvores e estamos ofuscados pela sua grandiosidade.

Visando reduzir o tempo na tramitação processual, a Emenda Constitucional n. 45, de 08 de dezembro de 2004, intitulada "*Reforma do Judiciário*", inseriu, expressamente, no artigo 5º da Constituição Federal, o inciso LXXVIII, prescrevendo que "a todos são assegurados, no âmbito judicial e administrativo, a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação".

A Emenda Constitucional n. 45/2004, além de incluir o direito à duração razoável do processo entre os direitos fundamentais do indivíduo, qualificando-o como cláusula pétrea, estabeleceu no artigo 92, inciso I-A, a criação do Conselho Nacional de

Justiça, ao qual compete o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, bem como a elaboração de relatório estatístico de processos e de relatório anual.

A preocupação com a maior celeridade processual demanda maior racionalização e planejamento do aparato jurisdicional, sendo essencial a elaboração de indicadores para avaliar o funcionamento da justiça e a eficácia da prestação jurisdicional. Com a elaboração dos relatórios estatísticos, é possível ao Conselho Nacional de Justiça averiguar quais áreas necessitam de maior atenção, devendo, então, propor as providências que entender pertinentes, buscando-se um Judiciário eficiente. A preocupação com a efetividade revela uma característica da filosofia liberal do Iluminismo. Ainda na esteira da crítica feita por Silva (2008, p. 91), nota-se que,

ao contrário de priorizar o valor segurança, inspirada em juízos de certeza, como uma imposição das filosofias liberais do Iluminismo, o sistema renunciou a busca de efetividade – que nossas circunstâncias identificam com celeridade –, capaz de atender as solicitações de nossa apressada civilização pós-moderna.

Vale lembrar que o Poder Judiciário, para gozar de eficiência, não deve apenas julgar com celeridade, mas, acima de tudo, combinar essa qualidade com outros atributos, sem negligenciar os aspectos relacionados aos custos, à equidade e ao acesso dos cidadãos. Uma resposta célere em direito não pode, contudo, estar calcada em uma filosofia que visa decisões rápidas e desqualificadas.

2.1 A Tirania dos números e o Poder Judiciário Brasileiro – As metas impostas pelo Conselho Nacional de Justiça

A morosidade na entrega da prestação jurisdicional equivale, em grande medida, à ineficácia ou inutilidade do próprio provimento. São abundantes os exemplos em que a longa duração do processo acaba por impossibilitar a execução. Sem contar os inúmeros outros incidentes possíveis que terminam por inviabilizar, no plano fático, a concreção da decisão prolatada. É observando essa situação que o Estado brasileiro busca, a partir de diversas ferramentas e reformas no plano legislativo, melhorar a efetividade de sua jurisdição.

No intuito de cumprir o texto constitucional para o qual foi criado, o Conselho Nacional de Justiça elaborou os relatórios anuais referentes aos anos de 2005, 2006, 2007, 2008 e 2009, além dos relatórios estatísticos do Poder Judiciário.

Após a promulgação da Emenda Constitucional n. 45/2004, membros do Executivo, Legislativo e Judiciário realizaram o Pacto Republicano em favor de um Judiciário mais rápido, com as seguintes diretrizes: implementação da reforma constitucional no Judiciário, reforma do sistema recursal e dos procedimentos, ampliação das defensorias públicas e do acesso ao Judiciário, interiorização dos juizados especiais e da justiça itinerante, revisão da Lei de Execução Fiscal, visando ampliar a arrecadação, pagamento de precatórios em tempo razoável, estruturar o acompanhamento e solução das denúncias de violação dos direitos humanos, informatização do Judiciário, criação de indicadores estatísticos, coerência entre a

atuação administrativa e as orientações jurisprudenciais já pacificadas e o incentivo na aplicação das penas alternativas, entre outras medidas.

Em abril de 2009, foi celebrado o II Pacto Republicano, visando dar continuidade às inovações empreendidas na legislação, tendo como matérias prioritárias a proteção dos direitos humanos e fundamentais, a agilidade e efetividade da prestação jurisdicional e o acesso universal à Justiça. Se analisarmos a Emenda Constitucional 45 de promulgada no final de 2004 e o II Pacto Republicano de 2009, teremos um período de sucessivas tentativas do Estado brasileiro de buscar um Poder Judiciário mais ágil.

É nesse paradigma que o Conselho Nacional de Justiça estabelece *metas de produtividade* para os Magistrados e Tribunais brasileiros. O Estado brasileiro se depara com um Poder Judiciário que não responde ao *tempo* exigido pelo mundo globalizado aonde esta inserido. Nesse sentido, alerta Silva (2008, p. 99):

assumo a parcela de responsabilidade que me cabe, procurando contribuir para que a jurisdição, essa notável instituição política, construída ao longo de vinte e cinco séculos, não soçobre, ante a voragem de um mundo moralmente desorientado, sujeito as forças cegas, erráticas e descontroladas do mercado capitalista, dos últimos estágios da chamada globalização econômica.

O Poder Judiciário brasileiro inserido nesse paradigma neoliberal, que impõe a necessidade de respostas céleres em Direito, se depara com a obrigação de realizar e concretizar os direitos fundamentais insculpidos em nossa Constituição. Talvez nessa relação esteja uma verdadeira *crise* do monopólio da Jurisdição no Brasil.

A necessidade de respostas rápidas em Direito no Brasil passa a ser claramente um *vetor* da atuação do Estado, no sentido de buscar uma Jurisdição mais célere, que dê respostas dentro do *tempo* exigido por nossa sociedade.

3 A necessidade de eficiência e celeridade do capital privado e a jurisdição no Brasil

O Poder Judiciário no Brasil não passa ileso pelo paradigma descrito. A expansão das comunicações e das relações comerciais no mundo neste início de século XXI faz com que esse poder seja permeado pelos ideais neoliberais da eficiência e da efetividade. Nesse sentido, Garapon (1997, p. 69) afirma que

os julgamentos são cada vez menos seguros de si. A necessidade de concluir um debate é cada vez mais negligenciada pela justiça atual e, nomeadamente, pela justiça de gabinete. Por exemplo, as decisões do juiz de menores podem ser revistas a qualquer momento. Quem diz justiça flexível e pouco formalista, diz uma justiça solicitada com mais frequência cujas decisões tem, em consequência disso mesmo, um caráter cada vez menos definitivo. Na época atual, assiste-se a multiplicação de decisões urgentes, preparatórias e conservatórias ou, ao invés, das medidas de execução e de aplicação.

Como já referido, informatizar e controlar a produtividade de nossos Tribunais mostra-se necessário em uma sociedade com relações complexas como a atual.

Contudo, essa busca por um Poder judiciário mais eficaz e adaptado à necessidade de nossos tempos deve ser vista à luz das garantias constitucionais do processo.

Como já referido, resta claro que a Emenda Constitucional nº 45, atendendo aos anseios da sociedade contemporânea, trouxe inúmeras modificações à Constituição Federal, tendo como ponto de toque a necessidade de se fazer com que o processo se torne mais célere e efetivo, garantindo ao jurisdicionado a plena realização da justiça, não bastando garantir, portanto, o acesso à justiça, mas sim que esse acesso seja pleno e efetivo.

Para que essa efetividade possa ser garantida, necessário se faz que haja uma maior celeridade processual, devendo a justiça ser distribuída em um tempo razoável, para que a sociedade tenha a garantia de poder usufruir o seu direito, direito este garantido Constitucionalmente. É exatamente esse equilíbrio que o paradigma neoliberal deste início de século XXI impõe ao Poder Judiciário brasileiro. Buscar realizar, de forma célere e eficaz, a justiça, sem, por outro lado, solapar as garantias individuais.

O que tem se visto é que o Poder Judiciário tem buscado solucionar seus conflitos de forma célere, a fim de cumprir os objetivos e metas impostas ao mesmo. Nesse sentido, cabe alertar para o ensinamento de Saldanha (2008, p. 115), quando diz que

o discurso da crise do judiciário apenas em parte é procedente. Relatórios anuais tem demonstrado que este poder, baldadas todas as mazelas, tem conseguido cumprir sua função. Qual seria a razão principal de tal paradoxo? Tal questão pode ser respondida sob a ótica da funcionalização do judiciário (1.1) que, ao longo do tempo, se distanciou da comunidade (1.2).

O paradoxo destacado pela autora tem este binômio que explica muito da situação vivida pelo Poder Judiciário brasileiro. Se, por um lado, o Poder Judiciário ainda se mostra como um Poder “*velado*”, distante da comunidade de onde atua, por outro lado, se mostra eficaz para exercer a função exigida pelo paradigma neoliberal. As decisões, que devem ser cada vez mais céleres e responder as *metas* impostas aos Tribunais, se mostram cada vez menos próximas dos verdadeiros anseios da sociedade.

O tempo de duração do processo aumentou na medida em que a sociedade e as relações que a regem evoluíram e tornaram-se mais complexas. Atrelado a isso, o maior acesso ao Judiciário também colaborou para o seu congestionamento, uma vez que a estrutura Estatal não acompanhou o aumento no número de demandas.

3.1 O papel do magistrado brasileiro em tempos de metas de produtividade – da tirania à democracia dos números

Se, por um lado, o Magistrado no Brasil atua em um sistema jurídico arcaico em sua *estrutura*, por outro, em tempos de neoliberalismo as exigências de respostas céleres, este deve exercer a *função* exigida pela sociedade atual.

A Emenda Constitucional 45 de 2004, a criação do Conselho Nacional de Justiça e o II Pacto Republicano são alguns dos instrumentos utilizados pelo Estado brasileiro

para buscar respostas mais céleres em Direito. A partir daí, diversas foram as reformas no plano legislativo, buscando adaptar a *estrutura* de nosso sistema jurídico às funções exigidas pela sociedade atual.

As súmulas vinculantes são um exemplo privilegiado, em certo sentido, dessa tentativa do Estado brasileiro de simplificar a aplicação do direito em face da celeridade nas decisões judiciais. Nesse sentido, Streck (2010, p. 115) ressalta que se

trata-se da construção de enunciados assertóricos que pretendem abarcar, de antemão, todas as possíveis hipóteses de aplicação. São respostas a priori, “oferecidas” antes das perguntas (que somente ocorrem nos casos concretos). Isto é, as súmulas são umas espécie de “antecipação de sentido”, uma “tutela antecipatória das palavras” ou, ainda, uma atribuição de “realidades supralegais”, em que os sentidos adquirem vida autônoma.

A *súmula vinculante* seria mecanismo de ligeireza processual ou de açodamento procedimental. A súmula vinculante prestar-se-ia para obrigar tribunais inferiores e juízes monocráticos a julgarem de acordo com decisões superiores, mantendo-se coerência na aplicação da lei, mediante o uso institucionalizado do precedente superior.

O modelo de *common law* contaminaria o sistema de *civil law* sob pretexto de se limitar o número de pendências judiciais, colaborando-se na difusão da certeza jurídica e na diminuição de questões em julgamento. Essa impregnação de direito estrangeiro parece ser comum e de tal modo que Wambier (2000, p. 296) salienta que,

de fato, esta alteração precisaria ser feita no sistema, no plano constitucional, para que o legislador ordinário pudesse dar à súmula efeito vinculante. O Brasil, então passaria a ter também neste ponto um sistema misto, de inspiração romano-germânica e anglo-saxônica. Isto já ocorre em outros pontos, em que as inovações introduzidas pela Reforma se inspiram no sistema norte-americano, afastando-se de nosso modelo originário, por exemplo, no que tange às *class actions* ou mesmo no que diz respeito à introdução do art. 461 no CPC, relativo às ações cujo objetivo é dar cumprimento às obrigações de fazer e de não fazer, também fortemente inspirado nas astreintes do direito francês.

Pensa-se, também, que a súmula vinculante poderia fortalecer a obtenção por parte do jurisdicionado de decisões idênticas para casos iguais, oxigenando-se os princípios da legalidade e da isonomia, obtendo-se uma maior efetividade no que toca à segurança jurídica, circunstância que pode redundar em mera metáfora no mundo globalizado, carente a locução que é de construções legitimadoras em âmbito pragmático, principalmente em terreno penal.

A tendência atual é enxugar as formas do processo, criando-se mecanismos que garantam sua efetividade e tempestividade, em face dos anseios da população. Doravante, é conveniente salientar que, como direito positivado na Constituição, passa a influir na interpretação e criação das normas infraconstitucionais e, ainda mais, determina que se assegurem meios para a maior rapidez na solução dos conflitos. O

nosso ordenamento processual necessita de alterações que privilegiem a distribuição de Justiça e maior segurança jurídica, afastando, assim, os tecnicismos exagerados.

O direito processual persiste na tentativa de amalgamar segurança jurídica à justiça, problema que já atormentara William Shakespeare quando da composição do *Mercador de Veneza*¹. Discussões centradas em direitos individuais cedem para processos que vislumbram direitos coletivos, tudo sob forte impacto de uma nova concepção de tempo processual, conforme destaca Bueno (2003, p. 215):

[...] nunca o tempo foi tão inimigo do processo como o é agora. Nunca a função cautelar do Judiciário foi tão utilizada, aqui e no mundo. Nunca o tempo que o juiz tem que ter para refletir sobre determinado conflito de interesses foi tão custoso e tão demorado, tendente a inviabilizar a própria prestação jurisdicional. E a utilização da função cautelar foi determinada pela própria sociedade, modificando também o “velho processo”, baseado historicamente no processo de conhecimento.

Discussões em torno da efetividade da justiça apontam para um interessante paradoxo: por um lado, a grave dificuldade, para muitos, de acesso à Justiça, por outro, o grande volume de processos nos tribunais. Portanto, é nesse contexto que os Tribunais brasileiros se veem “obrigados” a atingir *metas de produtividade* impostas pelo Conselho Nacional de Justiça (um órgão de representação social), inseridos em um sistema jurídico ainda defasado em sua estrutura. Essa imposição e necessidade de respostas rápidas² em Direito têm sido a grande dificuldade da Jurisdição no Brasil.

Deve-se atentar para a verdadeira ideia democrática de Justiça efetiva. A necessidade de se *estipular metas de produtividade* parece inevitável. Contudo, a de se discutir o verdadeiro papel da sociedade brasileira na definição da jurisdição de seu Estado é um direito subjetivo do cidadão. Em outras palavras, somente a própria sociedade brasileira poderá estipular, por meio de seus canais democráticos, a verdadeira *celeridade* que espera de sua jurisdição.

4 Conclusão

A Emenda Constitucional 45 é um marco no sistema jurídico brasileiro. Nela, o poder constituinte reformador englobou não apenas matéria constitucional, mas também constitucionalizou normas de escopo apenas formalmente constitucional, atribuindo nova feição ao Poder Judiciário. Reformou a ordem constitucional e deu novo direcionamento à problemática da percepção das relações institucionais - da Justiça do Trabalho, a Justiça Militar, as Varas Agrárias, o Ministério Público e Defensorias Públicas - imbricadas ao *modus faciendi* da prestação jurisdicional estatal.

¹ Richard A. Posner. *Law and Literature*. 2009, p. 85 e seguintes.

² Para François Öst, “o tempo não permanece exterior a matéria jurídica, como um simples quadro cronológico em cujo seio desenrolaria sua ação; do mesmo modo, o direito não se limita a impor ao calendário alguns prazos normativos, deixando para o restante que o tempo desenrole seu fio. Antes, é muito mais desde o interior que direito e tempo trabalham mutuamente”. François Öst. *O tempo do direito*, 2005, p. 14.

Para tanto, adotou a possibilidade de recepcionar tratados que versam sobre direitos humanos sob a feição de bloco de constitucionalidade. Alterou, ainda, o status paradigmático e principiológico referente aos Direitos Humanos, aos Tratados Internacionais, ao Estatuto da Magistratura, ao controle concentrado de constitucionalidade e à ação direta de constitucionalidade interventiva.

O Conselho Nacional de Justiça e o II Pacto Republicano surgem desse paradigma da chamada “reforma do Poder Judiciário brasileiro”. Um Poder que busca se adaptar ao tempo e às necessidades da sociedade deste início de século XXI. O paradigma globalizado vivido neste início de século não se limita às relações econômicas. A globalização comporta uma imensa troca cultural entre os povos, o que faz com que o Direito seja permeado por seus valores. Em outras palavras, uma sociedade que exige decisões rápidas em seu tempo não pode conviver com um Poder Judiciário moroso em sua função.

A globalização afeta o direito processual brasileiro, determinando uma feição procedimental mais ágil, marcada pela instrumentalidade e pela crítica ao abstracionismo conceitual. A busca da celeridade promove discussões em torno de eficácia a propósito da adoção de súmulas vinculantes. Perspectivas referentes a uma nova percepção de tempo robustecem institutos promotores de tutelas cautelares, justificativas dos novos matizes do agravo³ e da antecipação de tutela⁴.

A vulgarização do uso da *internet* torna a rede mundial de computadores aliada de um ensaio de prestação de tutela jurisdicional mais rápida, engendrando, por outro lado, problemas procedimentais de insuspeita complexidade. É nesse ambiente que se discute a reforma do código de processo civil, como pertinente a uma sonhada efetividade, subjugadora do paradoxo *processo moderno e justiça morosa*⁵. A morosidade processual seria um *mal endêmico*, comprometedor da boa imagem da justiça⁶ e justificadora de uma nova formatação para regime de prazos, de todos os exemplares, comuns, particulares, próprios, impróprios, legais, convencionais, dilatórios e peremptórios.

A globalização formata modelos epistêmicos, saberes, plasmando também um inusitado conjunto normativo. A globalização dita um Direito diferente, especialmente para países periféricos, como o nosso. O Direito brasileiro vem sendo redesenhado como resultado de nossa inserção no mundo globalizado. A interface entre globalização, neoliberalismo e Direito no Brasil é algo a ser debatido pela comunidade jurídica.

Referências

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da Republica Federativa do Brasil*.

³ Lei 9139/95.

⁴ Lei 8952/94.

⁵ João Batista Lopes. *Efetividade do Processo e Reforma do Código de Processo Civil: como explicar o paradoxo processo moderno- Justiça morosa?*, 2002, p. 128/138.

⁶ João Batista Lopes. op. cit., p. 128.

BUENO, Carlos Scarpinella. Processo Civil e globalização. In: SUNDFELD, Carlos Ari; VIEIRA, Oscar Vilhena (coords). *Direito global*. São Paulo: Max Limonad, 2003.

GARAPON, Antoine. *Bem julgar*: ensaio sobre o ritual judiciário. Tradução: Pedro Filipe Henriques. Lisboa: Instituto Piaget, 1997.

LOPES, João Batista. Efetividade do Processo e Reforma do Código de Processo Civil: como explicar o paradoxo processo moderno - Justiça morosa?. *Revista de Processo*, n. 105, janeiro/março de 2002.

ÖST, François. *O tempo do Direito*. Tradução Élcio Fernandes. Bauru: Editora da Universidade do Sagrado Coração, 2007. Título original: Le temps du droit

POSNER, Richard A. *Law and Literature*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1998

SALDANHA, Jânia Maria Lopes. Do Funcionalismo processual da aurora das luzes as mudanças processuais estruturais e metodológicas do crepúsculo das luzes. Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica. *Anuário 2008*, n.5, organizadores Lenio Luiz Streck e José Luiz Bolzan de Moraes - Unisinos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Da Função à Estrutura. Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica. *Anuário 2008*, n.5, organizadores Lenio Luiz Streck e José Luiz Bolzan de Moraes - Unisinos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2010.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Súmula vinculante: desastre ou solução? *Revista de Processo*, n. 98, abril/junho de 2000.

Eficácia do novo CPC antes do término do período de vacância da lei⁷

*Effectiveness of the new Brazilian Code of Civil Procedure before the ending of its
vacancy period*

Fredie Didier Júnior

Livre-docente (USP), Pós-doutorado (Universidade de Lisboa), Doutor (PUC/SP) e Mestre (UFBA). Professor-associado de Direito Processual Civil da Universidade Federal da Bahia. Diretor Acadêmico da Faculdade Baiana de Direito. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual, do Instituto Ibero-americano de Direito Processual, da Associação Internacional de Direito Processual e da Associação Norte e Nordeste de Professores de Processo. Advogado e consultor jurídico.

E-mail: fredie@terra.com.br

Resumo: Este ensaio tem por objetivo defender a possibilidade de atribuição de efeitos às normas decorrentes do novo CPC, mesmo no período da *vacatio legis*.

Palavras-chave: Novo Código de Processo Civil. Direito transitório. *Vacatio legis*. Eficácia das normas jurídicas.

Abstract: This paper defends the effectiveness of the rules of the new Code of Civil Procedure even within the period of its *vacatio legis*.

Keywords: New Code of Civil Procedure. Transitional Law. Legal Rules. Effectiveness of legal rules.

1 Generalidades

O novo Código de Processo Civil (CPC) está em vias de ser aprovado. Projeta-se um ano como prazo de *vacatio legis* (art. 1.058)⁸.

É elementar a lição de que uma lei não produz efeitos no período da *vacatio legis*. Por não estar em vigor, de seu texto não é possível extrair consequências normativas.

O Código de Processo Civil é uma lei federal. O raciocínio deveria ser semelhante: somente após a *vacatio* de um ano, o CPC poderia surtir efeito.

Mas talvez a edição de um texto normativo novo – sobretudo de um novo Código, com mais de três mil enunciados dispositivos (artigos, incisos, parágrafos, alíneas) – não seja algo totalmente anódino durante o período da *vacatio*.

Para demonstrar essa hipótese, é preciso firmar uma premissa: texto normativo não se confunde com a norma jurídica. Lei não é norma jurídica, lei é fonte de norma jurídica.

⁷ Artigo originalmente publicado na Revista de Processo n.º 236.

⁸ As referências levam em consideração a numeração da versão aprovada pela Câmara dos Deputados, em 25.03.2014 (BRASIL, 2014).

Riccardo Guastini (2005) acentua a diferença entre texto e norma. Norma é o resultado da interpretação, o texto, o seu objeto. Entende o autor como interpretação jurídica “a atribuição de sentido (ou significado) a um texto normativo” (GUASTINI, 2005, p. 23-24). O discurso do intérprete seria construído na forma do enunciado “*T significa S*”, em que *T* equivale ao texto normativo e *S* equivale ao sentido que lhe é atribuído. Seguindo essa linha, Humberto Ávila também afirma: “normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos” (2009, p. 30). Na verdade, trata-se de uma reconstrução de sentido, do conteúdo semântico inicial inerente ao texto, já que “há traços de significado mínimos incorporados ao uso ordinário ou técnico da linguagem” (ÁVILA, 2009, p. 32). Ávila chama de “núcleos de sentido” os significados mínimos incorporados ao texto pelo uso linguístico e pela comunidade do discurso. A norma seria, assim, uma construção a partir de algo, logo, seria uma reconstrução (2009, p. 33).

A norma jurídica é o resultado da interpretação do texto (signo de linguagem) ou dos sinais (circunstâncias fáticas) dos quais ela é decorrente. Estes funcionam como ponto de partida da interpretação cujo sentido inicial a eles atribuído pode, inclusive, ser revisto no decorrer do processo do compreender.

O novo CPC é texto normativo, de cuja interpretação inúmeras normas jurídicas decorrerão. Essas normas jurídicas somente poderão ser aplicadas após o período de vacância. Três perguntas vêm à mente, porém: a) será que os novos textos normativos do CPC-2014 produzem apenas normas jurídicas novas?; b) textos normativos novos ainda não vigentes produzem algum impacto na argumentação jurídica?; c) há normas jurídicas novas que podem produzir efeitos mesmo no período da *vacatio*? Para responder a essas perguntas, é preciso esboçar uma tipologia das normas jurídicas que podem surgir do novo CPC.

2 Proposta

Apenas como forma de facilitar a resposta às três perguntas formuladas, é possível classificar as normas jurídicas provenientes do novo CPC em três grandes grupos: a) normas jurídicas novas; b) pseudonovidades normativas; c) normas de caráter simbólico.

A classificação não tem pretensão de exaustividade, mas serve, ao menos por ora, para dar início à discussão.

2.1 Normas jurídicas novas

O novo CPC será fonte de inúmeras normas jurídicas novas – não fosse assim, não haveria necessidade de novo CPC. As normas jurídicas novas somente poderão ser aplicadas após a vigência do Código.

É o que acontece, por exemplo, com os novos requisitos da petição inicial (arts. 320, II e VII, CPC), que somente podem ser exigidos para demandas ajuizadas após a vigência do novo Código, a irrecorribilidade imediata de algumas interlocutórias (at. 1.022, §§1º e 2º) somente poderá ser considerada para as decisões proferidas após o início da vigência etc.

Essas normas novas são absolutamente ineficazes no período de *vacatio legis*.

Mas há normas jurídicas novas que reforçam tendências doutrinárias e jurisprudenciais que começaram a formar-se ainda sob a vigência do CPC-1973.

É o que acontece, por exemplo, com a cláusula geral de negociação processual (art. 191, CPC), os pressupostos para a distribuição dinâmica do ônus da prova (art. 380, §1º, parte inicial) e a normatização da formação, aplicação e superação dos precedentes judiciais (arts. 520-522, CPC). Em todos esses casos, a doutrina e a jurisprudência já apontavam muitas das soluções que vieram a ser consagradas legislativamente – e esse apontamento visava à solução de problemas jurídicos surgidos na vigência do CPC-1973. A consagração legislativa dessas soluções é um dado nada desprezível e serve como importante reforço argumentativo.

Há, ainda, normas novas que se contrapõem diretamente a entendimentos jurisprudenciais consolidados ao tempo do CPC-1973. Essas normas implicarão, necessariamente, a superação do entendimento jurisprudencial anterior, com o cancelamento de enunciado de súmula, se houver. Nesses casos, o novo regramento servirá, inevitavelmente, para que se busque uma superação do entendimento anterior. É certo que essas normas podem ser revogadas ou tidas por inconstitucionais (hipótese meramente especulativa), no período da *vacatio*, mas é indiscutível que a previsão delas no CPC é um fator de impacto considerável para justificar o overruling, mesmo no período da *vacatio legis*. Dois exemplos – inúmeros outros poderiam ser citados: a) §18 do art. 85 do CPC é frontalmente contrário ao enunciado 453 da súmula do STJ, b) §4º do art. 1.037 do CPC é regra oposta à que decorre do n. 418 da súmula do STJ .

Em suma: enunciados normativos novos desse tipo exercem, no período da *vacatio*, uma função persuasiva, como instrumento retórico-argumentativo para convencimento do acerto dogmático de propostas doutrinárias ou decisões judiciais ou para demonstrar a necessidade de superação imediata de entendimento jurisprudencial consolidado.

2.2 Pseudonovidades normativas

O CPC contém enunciados normativos que, embora novos, nada inovam normativamente no direito processual civil brasileiro. São textos normativos novos, mas deles não decorrem normas jurídicas novas. Isso não é uma crítica ao novo Código. Ao contrário. A observação ratifica que o novo CPC está em consonância ao que já se havia consagrado, normativamente, no direito processual civil brasileiro, ainda que à míngua de texto normativo.

Dois exemplos – inúmeros outros poderiam ser citados: o art. 10 do CPC: “em qualquer grau de jurisdição, o órgão jurisdicional não pode decidir com base em fundamento a respeito do qual não se tenha oportunizado manifestação das partes, ainda que se trate de matéria apreciável de ofício” (BRASIL, 2014a, p. 922). Desse artigo decorre a regra de proibição da decisão-surpresa. A proibição de decisão-surpresa é corolário do princípio do contraditório amplamente aceito pelo pensamento jurídico brasileiro há muitos anos. Essa norma decorre do texto constitucional, o texto do novo CPC apenas ratifica o que já se entendia. Mesmo se o novo CPC silenciasse a respeito do tema, ainda assim o princípio do contraditório, de fundo constitucional, tornaria nula a decisão-surpresa.

O trecho final do §1º do art. 380 determina que o juiz, ao redistribuir o ônus da prova, garanta, à parte, a quem foi atribuído o ônus da prova, a oportunidade de se desincumbir dele. Esse trecho também concretiza o princípio do contraditório. Sucede que essa providência já é exigida atualmente, a despeito da ausência de texto normativo, exatamente como concretização do princípio do contraditório. Também aqui não há norma nova.

A percepção de que o CPC traz algumas pseudonovidades é muito importante, ainda, por outro motivo. Há o risco de que, no período de *vacatio*, alguém considere que essas pseudonovidades sejam realmente novidades, assim, decida somente aplicá-las a partir da vigência do novo Código, o que funcionaria, em razão dessa interpretação canhestra, como fonte normativa do retrocesso. O perigo existe e é inadmissível que esse pensamento se concretize.

Esses enunciados normativos novos reforçam, ratificam, confirmam, corroboram etc. a compreensão atual do direito processual civil brasileiro, construída antes da vigência do novo CPC. Podem, por isso, ser utilizados imediatamente como reforço de argumentação.

2.3 Normas simbólicas

O novo CPC traz alguns enunciados que podem ser considerados como manifestação de legislação simbólica. No Brasil, o conceito de legislação simbólica foi desenvolvido por Marcelo Neves. Para ele, considera-se legislação simbólica a “produção de textos cuja referência manifesta à realidade é normativo-jurídica, mas que serve, primária e hipertroficadamente, a finalidades políticas de caráter não especificamente normativo-jurídico” (NEVES, 2007, p. 30). Na legislação simbólica, o sentido político prepondera sobre o sentido normativo-jurídico do texto legislado. Um mesmo texto normativo pode ser lido em uma dimensão simbólica e em uma dimensão normativo-jurídica.

Um das espécies mais comuns de legislação simbólica é a legislação-álibi, que é aquela por meio da qual o legislador “procura descarregar-se de pressões políticas ou apresentar o Estado como sensível às exigências e expectativas dos cidadãos” (NEVES, 2007, p. 37). A legislação-álibi serve para, dentre outras coisas, amortecer as reivindicações dos cidadãos, permitindo o surgimento de um clima de que “agora, vai!”.

Dois exemplos – alguns outros poderiam ser citados: o art. 3º, §2º: “o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos” (BRASIL, 2014a, p. 922). Trata-se de enunciado que consagra, legislativamente, uma política pública: a solução consensual dos conflitos passa a ser uma meta a ser realizada. O dispositivo ratifica a Resolução n. 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça, que já havia determinado a implantação dessa política pública. Agora, há a consagração legal dessa opção, que está em consonância com movimento mundial de estímulo à solução negociada, considerada o mais efetivo entre todos os métodos de resolução de conflitos.

O art. 1.081 é outro exemplo: “o Conselho Nacional de Justiça promoverá, periodicamente, pesquisas estatísticas para avaliação da efetividade das normas

previstas neste Código” (BRASIL, 2014a, p. 1.242). Esse dispositivo veio atender a velho reclamo da ciência jurídica brasileira e da sociedade civil: a existência de uma base confiável e permanente de dados estatísticos para a aferição da qualidade da nossa legislação processual civil. Além disso, o artigo é uma forma de exposição simbólica do Conselho Nacional de Justiça, instituição que se apresenta como responsável pelo bom funcionamento do Poder Judiciário brasileiro e que deve ser merecedora da confiança pública dos cidadãos. O sentido político desse enunciado prepondera claramente sobre o seu sentido normativo que, embora rarefeito, existe.

Essa legislação simbólica é ineficaz no período da *vacatio*? O Estado esperará o CPC entrar em vigor para continuar implantando a política pública de busca pela solução consensual dos conflitos? O Conselho Nacional de Justiça somente começará a preparar-se para a promoção das pesquisas após o CPC entrar em vigor (é claro que as pesquisas pressupõem a aplicação do novo CPC, mas a preparação para elas, não)? Parece que não. O sentido político desses enunciados, que se sobrepõe ao sentido normativo-jurídico, revela uma escolha política já feita – não se trata de uma escolha política condicionada ao início da vigência do CPC. A vigência do novo CPC determinará o início da produção de suas consequências normativas, mas a concretização de escolhas políticas tão claras pode começar imediatamente. Essas normas devem produzir pelo menos o efeito de dar início à mobilização.

3 Arremate

É preciso iniciar o debate sobre a eficácia das normas projetadas e daquelas em período de *vacatio*. Ao menos entre nós, processualistas, a discussão é urgente, tendo em vista o novo CPC. O debate já existe em outros países, sobretudo na Alemanha. Esse ensaio é um esboço para o início dessa conversa, que se espera longa e proveitosa.

Referências

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projetos de lei n. 6.025, de 2005, e 8.046, de 2010*. Código de Processo Civil (revogam a Lei n. 5.869, de 1973). Disponível em <<http://s.conjur.com.br/dl/redacao-final-aprovada-camara.pdf>>. Acesso em 12 ago. 2014.

BRASIL. *Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973*. Código de Processo Civil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869compilada.htm>. Acesso em 12 ago. 2014.

GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. Edson Bini (trad.). São Paulo: Quartier Latin, 2005.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.



JURISVOX
N. 15, VOL. 2, DEZ. 2014
SEÇÃO ENSAIO JURÍDICO

Análise do Direito Penal do Inimigo no ordenamento jurídico brasileiro

Analysis of Enemy Penal Law in Brazilian legal system

Raysna Nêmora de Araújo Flávio Fernandes

Graduanda em Direito pelo Centro Universitário de Patos de Minas (UNIPAM).

E-mail: raysna.fernandes@gmail.com

Resumo: O presente trabalho realiza uma abordagem acerca da Teoria do Direito Penal do Inimigo, elucidada pelo teórico alemão Günther Jakobs, idealizada na década de 1980. Influenciado por filósofos de renome no cenário mundial, seu estudo ganhou grande destaque no ano de 2001 após o atentado terrorista às torres gêmeas em 11 de setembro, na cidade de Nova York. Esta pesquisa científica tem como objetivo principal analisar os possíveis aspectos do Direito Penal do Inimigo no ordenamento jurídico brasileiro, ante o atual estado nacional de crescente criminalidade, bem como compreender os possíveis danos promovidos aos indivíduos atingidos pela Teoria em epígrafe.

Palavras-chave: Direito penal. Inimigo. Direitos fundamentais. Ordenamento jurídico. Constituição Federal.

Abstract: The present work analyses an approach about the Theory of Enemy Penal Law enlightened by the german theorist Günther Jakobs, idealized in the 1980s. Influenced by renowned philosophers on the world stage his study was highlighted in 2001 after the terrorist attack on the twin towers in September 11 in New York City. This Scientific research is meant to examine the possible aspects of the Enemy Penal Law in the Brazilian legal system, given the current national state of rising crime, as well as to understand the possible damage caused to the individuals reached by the Theory in epigraph.

Keywords: Criminal Law. Enemy. Fundamental Rights. Law. Federal Constitution.

1 Considerações iniciais

A presente pesquisa científica investiga a receptividade da legislação penal brasileira frente à teoria do Direito Penal do Inimigo, enunciada pelo teórico alemão Günther Jakobs.

Caracterizado como estado democrático de direito, o Brasil adota o princípio da dignidade da pessoa humana como pilar de seu ordenamento jurídico. Fato é que, com a crescente criminalidade ao redor do mundo, a indignação geral frente à magnitude de determinados crimes tem colaborado para a concretização de medidas de segurança nacionais arbitrárias frente aos indivíduos que não se adequam ao Estado ou dele se recusam a fazer parte.

O sinóptico estudo visa demonstrar que diante do constante aumento da criminalidade, bem como dos aspectos ensejadores que a perpetuam, o legislador penal

brasileiro tem cedido a clamores públicos, baseando-se cada vez mais em casos concretos para a elaboração de suas leis.

Dessa forma, efetuou-se uma análise da referida teoria, procurando-se compreender as bases históricas e filosóficas que a elucidaram. Buscando entender quem seriam os inimigos, abordou-se o conceito na visão de Günther Jakobs, bem como considerações dadas por diferentes doutrinadores acerca do tema.

Analysaram-se, também, as características, as finalidades e a aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro, completando-se com o posicionamento jurisprudencial oriundo do uso da presente Teoria.

Por fim, realizou-se uma reflexão dos eventuais danos gerados aos supostos inimigos e das consequências geradas aos direitos e às garantias fundamentais prognosticados na Constituição Federal de 1988.

2 *Escoço histórico*

Para uma completa compreensão do que venha a ser Direito Penal do Inimigo, cumpre agora estabelecer quais foram suas linhas iniciais. É de suma importância ter em mente que tal contribuição para a ciência jurídica não se deu pela obra de um único ideário, mas sim pela evolução de uma linha de pensamento.

Desde os primórdios da sociedade, o homem como ser pensante influenciou em sua integralidade o início, bem como o desfecho de inúmeros conflitos, guerras e revoluções. Dividiam-se em grupos de “bons” e “ruins”. Aqueles que deviam agir e aqueles contra quem se devia agir - os chamados “inimigos”.

Na Grécia Antiga, aproximadamente VII a.C, Dracon, rígido e de origem aristocrata, atuou como legislador ateniense, recebendo, em 621 a.C, poderes extraordinários para pôr fim ao conflito social provocado pelo golpe de Estado promovido por Cílon, um audacioso nobre ateniense, massacrado por seu povo e banido da referida cidade após tentar implantar a tirania.

Dracon estabeleceu a pena de morte a todos os delitos, embora tempos depois, tal sanção tenha se resumido apenas aos crimes contra os Deuses e instituições de Estado, sendo os praticantes desses delitos considerados inimigos de Atenas..

No Direito Romano não se concedia a condição de pessoa a quem praticasse o *perduellio* (delito de traição à pátria)(BRUNO, 1959). Conceituado “*crimina publica*”, punia-se o transgressor com pena de morte mediante a fustigação e decapitação.

De forma semelhante e severa, o Direito Penal Medieval, caracterizado pela arbitrariedade, traduzia-se na vontade dos juízes ao aplicar as penas. Dessa forma, inexistia proporcionalidade punitiva perante a gravidade delitiva, estando a sociedade sujeita ao bel-prazer do magistrado.

Distantes do Direito e de princípios como o da dignidade de pessoa humana e o da legalidade, é possível identificar traços do Direito Penal do Inimigo nas legislações aplicadas a essas civilizações.

No direito penal medieval, consolidado nas Ordenações Europeias dos séculos XV a XVII – das quais pela sua brutal severidade se destacam as Ordenações Portuguesas Afonsinas, Manoelinas e Filipinas – tinham, nos livros pertinentes aos

delitos como inimigos a serem punidos com morte cruel (a vivicombustão, precedida de torturas) os hereges, os apóstatas, os feiticeiros, os pederastas, afora os autores de crimes de lesa majestade, previstos em numerosas hipóteses. (STRECK, 2007, p. 114).

Em 1764, por meio da obra literária “Dos delitos e das penas”, Beccaria apresentou à sociedade princípios que mais tarde se tornariam o pilar de grande parte dos ordenamentos jurídicos ao redor do mundo.

Com o advento do Iluminismo, Cesare Bonesana, Marquês de Beccaria, introduziu através de seus pensamentos jus filosóficos, a condição de pessoa aos praticantes de atividades delituosas, por considerar a barbaridade das penas inútil e oposta à natureza do contrato social, bem como abusivo o fato de punir um delinquente com castigos inexistentes em lei.

Ora, se o magistrado, que também faz parte da sociedade, não pode com justiça infligir a outro membro dessa sociedade uma pena que não seja estatuída pela lei; e, do momento em que o juiz é mais severo do que a lei, ele é injusto, pois acrescenta um castigo novo ao que já está determinado. Segue-se que nenhum magistrado pode, mesmo sob o pretexto do bem público, aumentar a pena pronunciada contra o crime de um cidadão. (BECCARIA, 2001, p. 29)

Na primeira metade do século XX, regimes totalitários como o Nazista (Alemanha) e o Fascista (Itália) utilizaram o Direito Penal para justificar a eliminação de centenas de milhares de seus inimigos.

Francisco Muñoz Conde, num estudo sobre a política criminal nazista, majorada com o surgimento do Terceiro Reich - que possui como principal precursor Edmund Mezger - conseguiu extrair, a partir de sua pesquisa, quem seriam os inimigos.

Não somente judeus, mas estranhos à comunidade em geral (aqui abrangidos comunistas, ciganos, inimigos de guerra etc), os arianos classificados como inferiores (Lebensunwert); os doentes mentais; os viciados; os criminosos sexuais (aí abrangidos os homossexuais e as prostitutas); os pequenos infratores; os desocupados; os mendigos e toda sorte de párias, todos constituíam o alvo central do delírio eugênico do Terceiro Reich. Não se tratava só de eliminar os não arianos, mas dentro dos próprios arianos deveriam ser eliminados os que não estavam à altura, se afastassem do protótipo, físico e psíquico, do que, segundo os dirigentes nacional-socialistas, deveria ser o perfeito alemão e, com isso, um “*Volksgenosse*”, um camarada do povo. (CONDE, 2005, p. 101).

De maneira análoga, a União Soviética, de 1917, então filiada ao regime socialista, enxergava na figura da classe trabalhadora a face do inimigo, não sendo, por consequência, necessária a prática de delitos para tanto, bastava que a convicção do julgador fosse no sentido de que determinada conduta não era adequada.

2.1 Origem filosófica de base contratualista

Como anteriormente exposto, o inimigo, em decorrência de sua presença constante na evolução histórica e social das civilizações em geral, sempre atuou como objeto de estudo de grandes pensadores ao longo do tempo.

A filosofia, ciência de grande destaque e indiscutível contribuição no estudo do Direito, abordou, a partir de seus principais nomes, argumentos que mais tarde viriam a exercer grande influência na teoria do Direito Penal do Inimigo.

Para Roxin (2001), em se tratando de bases filosóficas para o Direito Penal do Inimigo, há uma valiosa contribuição originada do pensamento de Kant, Hobbes, Rousseau e Fichte.

Esses quatro contratualistas sustentaram em suas obras que o delinquente que infringe o contrato social não poderá ser beneficiado com as prerrogativas deste.

Jean-Jacques Rousseau, em seu imortalizado trabalho “Do contrato social”, leciona que,

de resto, todo malfeitor, ao atacar o direito social, torna-se, por seus delitos, rebelde e traidor da pátria; cessa de ser um de seus membros ao violar suas leis, e chega mesmo a declarar-lhe guerra. A conservação do Estado passa a ser então incompatível com a sua; faz-se preciso que um dos dois pereça, e quando se condena à morte o culpado, se o faz menos na qualidade de cidadão que de inimigo. Os processos e a sentença constituem as provas da declaração de que o criminoso rompeu o tratado social, e, por conseguinte, deixou de ser considerado membro do Estado. Ora, como ele se reconheceu como tal, ao menos pela residência, deve ser segregado pelo exílio, como infrator do pacto, ou pela morte, como inimigo público, pois um inimigo dessa espécie não é uma pessoa moral; é um homem, e manda o direito da guerra matar o vencido. (ROSSEAU, 2002, p, 49)

Em síntese, Johann Gottlieb Fichte aduz que “quem abandona o contrato cidadão em um ponto em que no contrato se contava com sua prudência [...] perde todos os seus direitos como cidadão e como ser humano, e passa a um estado de ausência completa de direitos” (FICHTE *apud* JAKOBS; MELIÁ, 2007, p. 26).

Destarte, para os supracitados estudiosos, todo delinquente corresponde a um inimigo, pois, uma vez violado o contrato social, perde-se o direito de fazer parte deste e, por conseguinte, exclui-se o infrator da condição de pessoa.

Já para Thomas Hobbes e Immanuel Kant, o raciocínio traça caminhos ligeiramente opostos ao esposado.

Hobbes exclui o indivíduo do contrato social, contudo, lhe mantém a condição de cidadão, enquanto Kant aduz que quem não se deixa obrigar pela Constituição Cidadã deve ser tratado como inimigo, não como pessoa.

Ambos reconhecem dois Direitos Penais: o do cidadão e o do inimigo.

No primeiro, têm-se sujeitos que não delinquem de forma persistente. Cometem erros, entretanto não possuem habitualidade criminosa, mantendo, assim, a condição de pessoa.

De modo diverso, no direito penal do inimigo, delinque-se por princípio, reiteradamente. Não há um mero desvio de conduta frente ao contrato social. Dessa

forma, os sujeitos que assim atuam tornam-se, para o Estado, um inimigo. É quando se chega à teoria Jakobsiana.

3 O “inimigo” segundo Jakobs

É importante frisar que o inimigo não é sinônimo de Direito Penal do Inimigo na visão do alemão Günther Jakobs. Para saber quem é o inimigo, primeiro deve-se ter em mente que da mesma forma este não se confunde com o cidadão.

Segundo o teórico, ao distinguir cidadão de um inimigo, “não se trata de contrapor duas esferas isoladas do Direito Penal, mas de descrever dois pólos de um só contexto jurídico-penal” (JAKOBS, 2008, p. 21).

Cidadão seria aquela pessoa que pauta suas ações, balizado pelo estrito cumprimento ao ordenamento jurídico vigente. Quando um cidadão delinque ainda assim é possível que venha a ser reeducado, há a viabilidade de que seja passível de regeneração após a prática delituosa.

Em um sentido diametralmente oposto, não se encaixando nas linhas descritivas do que é o cidadão, está o inimigo. Também chamado de não-cidadão/não-pessoa, é o delinquente para o qual não haveria forma de reintegração no seio social, não há como fazer com que tal pessoa venha a agir em seu cotidiano pautado pela vontade da lei.

Inimigo é aquele que insiste na reincidência da prática delituosa ou que venha a ser sujeito ativo de um crime capaz de ameaçar a existência do próprio Estado. Aquele que se perpetua na marginalidade, que se posto fora da cidadania, não terá condições de deter as mesmas prerrogativas que são atinentes aos que pactuam suas ações pela lei.

Para Jakobs, é uma ameaça à figura estatal e, por consequência, à sociedade em si, aquele que é contumaz violador da lei penal.

Jesús-Maria Silva Sánchez, com clareza em sua própria definição, conforme as bases teóricas de Direito Penal do Inimigo, nos informa que

o Inimigo é um indivíduo que, mediante seu comportamento, sua ocupação profissional ou, principalmente mediante sua vinculação a uma organização, abandonou o Direito de modo supostamente duradouro e não somente de maneira incidental. Em todo caso, é alguém que não garante mínima segurança cognitiva de seu comportamento pessoal e manifesta esse déficit por meio de sua conduta. (2002, p. 149)

Sinteticamente, tais indivíduos, na visão de Jakobs, estariam ligados a essas quatro modalidades de infração: crimes organizados, terrorismo, criminosos sexuais e imigrantes ilegais.

Pormenorizando o informado no parágrafo anterior, Rogério Greco ([s.d], p. 40), auxiliado pelas lições de Jakobs e Meliá, com a didática que lhe é peculiar, diz que

há pessoas, segundo Jakobs, que decidiram se afastar, de modo duradouro, do Direito, a exemplo daqueles que pertencem a organizações criminosas e grupos terroristas. Para esses, “a punibilidade se adianta um grande trecho, até o âmbito

da preparação, e a pena se dirige a assegurar fatos futuros, não a sanção de fatos cometidos”.

Conforme Jakobs, há pessoas que, por sua insistência em delinquir, voltam ao seu estado natural antes do estado de direito. Assim, segundo ele,

um indivíduo que não admite ser obrigado a entrar em um estado de cidadania não pode participar dos benefícios do conceito de pessoa. E é que o estado natural é um estado de ausência de norma, quer dizer, a liberdade excessiva tanto como de luta excessiva. Quem ganha a guerra determina o que é norma, e quem perde há de submeter-se a essa determinação. (GRECO, [s.d], p. 40-41)

Novamente, recorrendo aos ensinamentos de Silva Sánchez, toma-se conhecimento de que um cidadão torna-se inimigo ao praticar a atividade criminosa com habitualidade, quando atender aos requisitos jurídicos para ser enquadrado como reincidente, quando houver o chamado profissionalismo na prática delitiva e, por fim, quando estiver integrado em uma organização voltada para a prática criminosa. Segundo o referido estudioso da ciência jurídica, “esse trânsito, além do significado de cada fato delitivo concreto, manifestaria uma dimensão fática de periculosidade que deveria ser prontamente enfrentada” (SANCHES, 2007, p. 83).

A partir de todo o exposto, surge a necessidade, na visão de Günther Jakobs, da criação de um Direito Penal diferenciado em suas regras e princípios, reconhecendo-se, com isso, algumas medidas excepcionais/extraordinárias, porém legais (por estarem na lei) que caracterizam o Direito Penal do Inimigo. São elas: medidas penais e também medidas penais processuais. O renomado autor reconhece que essas medidas têm caráter excepcional, e não caráter duradouro.

3.1 Conceito de Direito Penal do Inimigo

Discípulo de Welzel, inspirado por Hegel e pela Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann, em um momento histórico de franca expansão do Direito Penal, Jakobs fez uso da expressão em si “Direito Penal do Inimigo” (GRECO, 2005, p. 81) pela primeira vez na década de 80, com o intuito de tecer críticas ao endurecimento imposto pela legislação ao fazer menção, em especial, à criminalização antes mesmo de qualquer desagravo ao bem jurídico tutelado. (ZAFFARONI, 2007)

O Direito Penal do Inimigo pauta-se pelo direito penal do autor que, por sua vez, distingue-se do direito penal do fato. Este dispõe que o indivíduo deve ser punido por aquilo que fez, na medida de sua culpabilidade. Não obstante, aquele disserta que o indivíduo deve ser punido apenas pelo o que é, tomando, o Estado, como premissa, sua periculosidade.

Como exemplo de Direito Penal do autor, cita-se o empregado pelo nazismo de Hitler, onde estima-se que 1,5 milhão de pessoas foram mortas apenas pelo fato de serem judeus.

Conforme a teoria abordada, não se pune o inimigo com pena, mas sim com medida de segurança. Sobre este recai um juízo de periculosidade. Desse modo, o

Direito Penal do Inimigo preocupa-se com a possibilidade de um indivíduo vir a delinquir (direito prospectivo).

Jakobs sustenta a tese de que quanto a estes, o Estado não pode esperar que ajam, visto que devem ser interceptados num estágio prévio de ação. Ou seja, neutralizar o inimigo para evitar possíveis práticas criminosas posteriormente. Observa-se, portanto, o futuro dos inimigos, limitando-se ao que eles possam vir a fazer, bem como ao perigo que representam à sociedade.

O autor alemão defende que o objetivo do Direito Penal do Inimigo é proteger a vigência normativa para que esta não seja violada. Assim, a punibilidade prossegue visando reprimir também os atos preparatórios e, até mesmo, a cogitação de crimes. Nesse diapasão, há desproporcionalidade das penas e, por consequência, o abuso de medidas cautelares, com a supressão de direitos e garantias fundamentais.

Didaticamente e indo direto ao ponto, Luis Gracia Martín conceitua Direito Penal do Inimigo da seguinte forma:

do ponto de vista geral, é possível dizer que esse Direito Penal do inimigo seria uma clara manifestação dos traços característicos do chamado Direito Penal moderno, isto é, da atual tendência expansiva do Direito Penal, que com frequência origina formalmente uma ampliação dos âmbitos de intervenção daquele, e, materialmente, de acordo com a opinião majoritária, um desconhecimento, ou, pelo menos, uma clara flexibilização ou relaxamento, e, com isso, um menoscabo dos princípios e das garantias jurídico-penais liberais do Estado de Direito. (MARTIN, 2007, p. 75-76)

Buscando trazer às minúcias do que realmente seja o Direito Penal do Inimigo, na voz do mais famoso autor que se debruça sobre o tema, Jakobs, depois de demonstrar que os maiores enfrentamentos seriam contra os inimigos vindos do terrorismo, organizações criminosas, crimes sexuais e crimes econômicos, diz que se pretende

combater, em cada um destes casos, a indivíduos que em seu comportamento (por exemplo, no caso dos delitos sexuais), em sua vida econômica (assim, por exemplo, no caso da criminalidade econômica, da criminalidade relacionada com as drogas e de outras formas de criminalidade organizada) ou mediante sua incorporação a uma organização [...] se tem afastado, provavelmente, de maneira duradoura, ao menos de modo decidido, do Direito, isto é, que não proporciona a garantia cognitiva mínima necessária a um tratamento como pessoa. (JAKOBS; MELIÁ, 2008, p. 35)

Sendo mais claro, o autor entende haver dois tipos de direito, um tendo como destinatário o cidadão e outro o inimigo.

Em se tratando do cidadão, ainda que tenha vindo a violar uma norma posta, haverá ele que ter a oportunidade de vir a se reestabelecer frente a vigência desse dispositivo penal ameaçado e o restabelecimento se dará por meio de uma pena.

Ainda que venha a sofrer uma sanção penal condenatória, haverá que ser punido como um cidadão, ou seja, será mantido pelo ente governamental o status já

adquirido enquanto pessoa. Mais ainda, o direito posto irá lhe dispor de um tratamento conforme esse status de pessoa com sua cidadania sendo levada em consideração por parte do Estado.

Na visão de Cezar Roberto Bitencourt (2008), a medida repressiva nesse caso tenderia a ter apenas um cunho de prevenção geral em caráter positivo. Estaria a demonstrar a continuação mantenedora da norma vigente através da reação imposta àquela infração.

Em sentido oposto, está lá o Direito Penal do Inimigo. Tal direito é construído para aqueles indivíduos que, conforme preconizado por Jakobs, “se tem afastado, de maneira duradoura, ao menos de modo decidido, do Direito, isto é, que não proporciona a garantia cognitiva mínima necessária a um tratamento como pessoa” (JAKOBS; MELIÁ, 2008, p. 31), e, sendo assim, serão tratados conforme a figura do inimigo estatal.

Há na doutrina penalista quem reconheça a boa intenção de Jakobs na construção do Direito Penal do Inimigo. Vindo da Argentina, por exemplo, Zaffaroni diz que o norte jurídico do mestre alemão “é da mais absoluta boa-fé quanto ao futuro do Estado constitucional de direito” (2007, p. 159).

Finalizando, Meliá (2008, p. 65) conclui ser o Direito Penal do Inimigo o produto fim da relação meio ocorrida junto ao punitivismo, bem como o chamado Direito Penal Simbólico.

3.2 Direito Penal do Inimigo enquanto Direito Penal de 3ª Velocidade

Primeiramente, se faz necessário tomar nota do que vem a ser “velocidades do Direito Penal”. Tais termos servem como base para a completa compreensão de em qual das velocidades existentes está inserido o Direito Penal do Inimigo.

A concepção de velocidades no Direito Penal teve seu nascedouro com o jurista espanhol Silva Sánchez, o qual buscava tentar consolidar em uma única teoria a ciência jurídica penal moderna. Tentava tal doutrinador evitar o dilatamento, bem como a flexibilização exacerbada de importantes princípios de política criminal e também de regras referentes às penas de encarceramento. (MASSON, 2010)

Em apertada síntese, 1ª e 2ª velocidades do Direito Penal estavam ligadas, conforme Cléber Masson (2010), aos delitos punidos com pena de prisão e também aos crimes que são apenados com gêneros diferentes de sanções penais.

Sendo assim, fundou-se a 3ª velocidade do Direito Penal, na qual está inserido o Direito Penal do Inimigo, que é a junção das outras duas velocidades. Silva Sánchez delineou essa 3ª velocidade privando a liberdade e vindo a suavizar ou mesmo eliminar direitos e garantias da órbita penal e processual penal.

Segundo Rogério Greco ([s.d.], [s.p.]),

embora ainda com certa resistência, tem-se procurado entender o Direito Penal do Inimigo como uma terceira velocidade. Seria, portanto, uma velocidade híbrida, ou seja, com a finalidade de aplicar penas privativas de liberdade (primeira velocidade), com uma minimização das garantias necessárias a esse fim (segunda velocidade).

Mas como se daria a junção da 1ª com a 2ª velocidade formando essa 3ª velocidade? Mesclou-se o uso das penas privativas de liberdade, oriundas do Direito Penal de 1ª velocidade, com a mitigação de direitos e garantias penais e processuais penais, advindas do Direito Penal de 2ª velocidade. Tal junção fez nascer o Direito Penal do Inimigo que é dado como sendo um direito de pura emergência.

Dissertando a respeito da finalidade do Direito Penal de 3ª velocidade, Sánchez (2011, p. 96) informa que

o Direito Penal da terceira velocidade não pode manifestar-se senão como o instrumento de abordagem de fatos “de emergência”, uma vez que expressão de uma espécie de “Direito de guerra” com o qual a sociedade, diante da gravidade da situação excepcional de conflito, renuncia de modo qualificado a suportar os custos da liberdade de ação.

O mesmo autor afirma ainda que o Direito Penal de terceira velocidade deve ser reduzido a um contexto de curta expressão, em casos de indiscutível necessidade, subsidiariedade e eficácia. Todavia, conclui que o mesmo é inevitável frente a determinados delitos como terrorismo, crimes sexuais reiterados e criminalidade organizada.

4 O Direito Penal do Inimigo no ordenamento jurídico brasileiro

A Constituição Federal de 1988 trouxe consigo uma nova base principiológica, com novos valores, bem como novas prioridades. O individualismo deu espaço ao solidarismo, o patrimonialismo, ao existencialismo, ao passo que a dignidade da pessoa humana ganhou *status* constitucional.

Consolidação da democracia no Estado Brasileiro, a magna carta, apelidada de “cidadã”, por Ulysses Guimarães, devido à intensa participação popular em sua elaboração, é, atualmente, uma das mais estimadas mundialmente em se tratando de respeito aos direitos e garantias individuais do cidadão.

Há que se levar em conta que, ao elaborar um instrumento de importância e valor incomensuráveis, o legislador constituinte estabeleceu uma série de princípios penais, visando dar maior efetividade a todas as garantias que concedeu à população brasileira.

Não obstante todos os aspectos protetivos incorporados na legislação penal atual, esta não se distanciou da teoria em epígrafe, vez que, com a progressiva expansão da criminalidade, o clamor social por justiça tem pressionado o poder legislativo, tendo este, de forma inadequada, num intento de “resposta”, elaborado leis mais severas, não observando, por sua vez, o modelo do Estado Democrático de Direito.

O Direito Penal pátrio, traduzido no princípio da *ultima ratio* “orienta e limita o poder incriminador do Estado, preconizando que a criminalização de uma conduta só é legítima se constituir meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico” (BITENCOURT, 1996, p. 7).

Ademais, o princípio da dignidade da pessoa humana (Art. 1º, III, CRFB), que irradia o ordenamento jurídico nacional, indica descompasso entre os objetivos da teoria de Jakobs e os objetivos do modelo jurídico seguido pela legislação pátria. Daniel Sarmento, em “A ponderação de interesses na Constituição Federal”, assevera que

[...] o princípio da dignidade da pessoa humana representa o epicentro axiológico da ordem constitucional, irradiando efeitos sobre todo o ordenamento jurídico e balizando não apenas os atos estatais, mas também toda a miríade de relações privadas que se desenvolvem no seio da sociedade civil do mercado. A despeito do caráter compromissório da Constituição, pode ser dito que o princípio em questão é o que confere unidade de sentido valor ao sistema constitucional, que repousa na ideia de respeito irrestrito ao ser humano – razão última do Direito e do Estado. (SARMENTO, 2002, p. 59-60).

Ludwig Feuerbach, no início do século XIX, a partir do preceito *nullum crimen, nulla poena sine lege*, instaurou o princípio da legalidade (Art. 5º, XXXIX, CRFB). Este dispõe que nenhum fato será considerado crime, bem como nenhuma pena será aplicada, sem que a lei assim o defina e lhe comine sanção.

[...] para aquelas sociedades que, a exemplo da brasileira, estão organizadas por meio de um sistema político democrático, o princípio de legalidade e de reserva legal representam a garantia política de que nenhuma pessoa poderá ser submetida ao poder punitivo estatal, se não com base em leis formais que sejam fruto do consenso democrático. (BITENCOURT, 2013, p. 87)

Outrossim, antagônico ao Direito Penal do Inimigo, o princípio da culpabilidade leciona que “[...] somente cabe atribuir responsabilidade penal pela prática de um fato típico e antijurídico, sobre o qual recai o juízo de culpabilidade, de modo que a responsabilidade é pelo fato e não pelo autor”.(BITENCOURT, 2013, p. 123).

Em suma, além dos dispositivos acima alinhavados, é possível elencar uma série de outros princípios e subprincípios constitucionais agredidos pela teoria em estudo, entretanto, da mesma forma encontra-se na legislação vigente uma recepção cristalina do que se chama “Direito Penal do Inimigo”.

Em meados de 2001, o estado de São Paulo, cerca de 2 anos depois vindo a ser acompanhado pelo estado do Rio de Janeiro, viveu dramáticos episódios envolvendo rebeliões em presídios - até mesmo de segurança máxima - presenciando, assim, uma série de crimes dos quais se tem notícia que partiram de pessoas que estavam submetidas ao sistema carcerário. Logo, a Secretaria da Administração Penitenciária do Estado de São Paulo, em 04 de maio de 2001, editou a Resolução SAP nº. 26 visando maior gestão, bem como a aplicação de um regime penitenciário diferenciado e mais rigoroso.

Em 2003, a partir de uma série de discussões ocorridas desde aquela época, incluiu-se o Regime Disciplinar Diferenciado na Lei de Execuções Penais (LEP).

O RDD tem como características o isolamento celular de presos que sejam submetidos a esse regime. Procura-se limitar, restringir a comunicação destes com o

mundo exterior, de forma que permaneçam em cela individual, reduzido o tempo de saída da unidade celular apenas a duas horas diárias para banho de sol sem contato com outros detentos/reclusos, tendo direito a duas visitas semanais. Também ficam excluídos desse sistema aparelhos eletrônicos que possam distrair-lhes, como rádio e televisão.

Submetem-se a esse regime todo e qualquer preso, por força de uma decisão judicial, incluindo condenados e presos provisórios, desde que tenham cometido uma falta grave (Art. 52, “caput”, Lei 10.792/03).

Imperioso destacar que o regime possui duração máxima de 360 dias prorrogáveis até e não mais que um sexto da pena a ser cumprida. Divide-se em duas espécies: punitivo e cautelar (Art. 52, I, Lei 10.792/03).

O primeiro aplica-se àquele que cometeu uma falta grave, considerada como crime doloso, que implique em subversão da ordem, que coloque em risco o próprio estabelecimento prisional ou a sociedade, ou seja, um crime que desestabilize o sistema de organização da unidade prisional a ponto de criar o risco de fugas ou que afete a paz e convívio dos demais que ali estão recolhidos.

Em outra senda está o RDD Cautelar, destinado aos detentos que representem por si só um perigo acentuado à sociedade ou à ordem dentro do estabelecimento prisional. Quando considerados, pois, de alta periculosidade ou quando há fundado receio de que estejam envolvidos em crimes que envolvam organizações criminosas.

Nesse passo, o regime manifesta a finalidade de desarticular as organizações criminosas, planejando impedir que de alguma forma possam ter uma comunicação externa de dentro dos estabelecimentos prisionais ou que venham presidir atividades criminosas no seio da sociedade.

Frisa-se que, em 11 anos de vigência, o regime não tem alcançado resultados satisfatórios, visto que o recrudescimento da criminalidade extrapola diuturnamente as expectativas até mesmo dos mais pessimistas. É de conhecimento público que inúmeras facções controlam suas ações e executam planos criminosos mesmo quando recolhidos ao sistema prisional, assinando, dessa forma, a confissão de ineficiência do estado em conter o sistema penitenciário.

Conseqüentemente, o número de críticas envolvendo o Regime Disciplinar Diferenciado vem crescendo a cada dia, eis que muito se assemelha ao proposto pelo Direito Penal do Inimigo, ante a supressão de direitos fundamentais violados com o seu implemento, citando o desrespeito à integridade física e moral do indivíduo (Art. 5º, XLIX, CRFB), mantido isoladamente de maneira degradante por ser considerado de “alta periculosidade” ou, até mesmo, por “suspeita” de pertencer a organizações criminosas. Busca-se com a medida “neutralizar” o inimigo, mesmo que por determinado período.

Já no ano de 2004, passou a vigorar em território nacional o Decreto 5.144/2004, regulamentando do 1º ao 3º parágrafos do artigo 303 do Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei 7.565/1986), modificado anteriormente no ano de 1998 para consentir o abate de aeronaves desconhecidas ou desautorizadas, com porte de carga suspeita (como drogas ou apetrechos de guerra) que viessem a sobrevoar o espaço aéreo brasileiro.

Luiz Flávio Gomes (2009, [s.p.]), em um artigo publicado na internet, cita quais são os dispositivos constitucionais cabalmente violados por esse Decreto:

Art. 4º, II, VI, VII e art. 5º, caput, incisos II, III, XXXVII, XLVI, XLVII, LIII, LIV, LV, LVII e 2º todos da Constituição Federal de 1988-CF/88. Dentre os dispositivos indicados destacamos os princípios da inviolabilidade do direito à vida, proibição da pena de morte em tempo de paz e devido processo legal. Tais garantias consistem cláusula pétrea, logo, impossível deliberação em sentido contrário.

O autor faz duras críticas à vaga razoabilidade da medida e prossegue:

A Lei 11.343/2006 já estabelece normas para repressão ao tráfico ilícito de drogas e define crimes. Na ânsia de defender a sociedade, o legislador infraconstitucional deu solução incompatível com a Lei Maior. O legislador deve criar outras formas de controle que não impliquem em flagrante violação dos direitos fundamentais. (GOMES, 2009, [s.p.]).

Ante a supressão de direitos e garantias fundamentais, a antecipação da punição, bem como o abate do “inimigo” que cruze o espaço aéreo brasileiro, a legislação em comento, de maneira concludente, abraça o direito penal do inimigo, justificando-se por meio do discurso de “proteção de bens jurídicos maiores”.

Em apertada síntese, o Defensor Público Gabriel Habib⁹ cita outros exemplos da legislação processual penal que caracterizam o direito penal do inimigo, como o alargamento dos prazos da prisão preventiva, a ampliação dos prazos de detenção policial para fins investigatórios, a previsão de crimes sem nenhum motivo, a inversão do ônus da prova comumente utilizada pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), a generalização de métodos de investigação e de provas excepcionais como: escutas telefônicas, agentes provocadores, agentes infiltrados, permissão de buscas domiciliares noturnas e, por fim, normas de direito penitenciário que recrudescem as condições de classificação dos internos, ou seja, que limitam a concessão de benefícios aos reclusos e detentos, bem como normas que ampliam os requisitos para o livramento condicional.

5 O Direito Penal do Inimigo na jurisprudência brasileira

Posteriormente a toda essa análise doutrinária que permeia o tema, buscando demonstrar da melhor maneira possível as implicações práticas a respeito do Direito Penal do Inimigo, passa-se a tomar nota de alguns posicionamentos do STF a respeito do tema.

Cumprе ressaltar que a farta jurisprudência pátria põe a salvo a todo instante os direitos e garantias fundamentais preconizados no texto constitucional, estejam eles

⁹ PARTE 1 - Direito Penal do Inimigo. Realização de Gabriel Habib. Coordenação de Tânia Fraga. 2011. (52 min. e 12 seg.), son., color. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=7EU4q0WGPhg>>. Acesso em: 28 ago. 2014.

expressos ou implícitos. No HC 95.009, de relatoria do Min. Eros Grau, fazendo frente à característica do Direito Penal do Inimigo que passa a criminalizar ações anteriores a execução, diz o ex-integrante do guardião da constituição que “o Estado de Direito viabiliza a preservação das práticas democráticas e, especialmente, o direito de defesa. Direito a, salvo circunstâncias excepcionais, não sermos presos senão após a efetiva comprovação da prática de um crime”. (BRASIL, 2008, [s.p.]).

O STF aqui procura fazer frente a uma clara característica do Direito Penal do Inimigo que é adiantar a punibilidade no sentido de pôr fim ao perigo representado por aquele que é tido como inimigo.

Novamente tocando no ponto relacionado a direitos e garantias fundamentais, mas agora abordando sua interseção com regime de pena inicialmente fechado, com olhos no decidido pelo Min. Celso de Mello, no HC 85.531, regime este estipulado de forma objetiva para determinada prática criminosa, e “destituídos de qualquer fundamentação substancial e reveladores de linguagem típica dos partidários do ‘direito penal simbólico’ ou, até mesmo, do ‘direito penal do inimigo’ [...]” (BRASIL, 2005, [s.p.]) tem como resultado o atentado a princípios jurídicos que foram amplamente consagrados na ordem jurídica brasileira e que formam a base do Estado Democrático de Direito. Esse regime de cumprimento de pena inicialmente fechado, quando caracterizado objetivamente, define “[...] uma visão autoritária e nulificadora do regime das liberdades públicas em nosso País”. (BRASIL, 2005, [s.p.])

Já no caso em tela, procurou-se por um ponto final na característica do Direito Penal do Inimigo que é buscar mitigar ou mesmo extinguir consagrados direitos e garantias de cunho material e processual dos tidos como inimigos.

Em se tratando do tema prisão, o STF, desde longa data, assumiu o entendimento de que tal medida extrema se dá apenas em último caso. A prisão cautelar é encarada como exceção e a regra se dá com essa mesma prisão somente após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, tendo como base a Lei de Execução Penal.

Trazendo tal construção para a abordagem aqui proposta, com base no HC 84.078, da relatoria do Min. Eros Grau, foi declarada a inconstitucionalidade da execução antecipada da pena, pois não há que se falar, dentre outros argumentos, de um erro temporal como executar o que o ainda não transitou em julgado. Retiraria antecipadamente de uma pessoa a garantia de ser considerada presumidamente inocente.

Indo mais além, nos dizeres do próprio atualmente aposentado Min. Eros Grau: “é inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual.” (BRASIL, 2009, [s.p.]). Assim, estaria aqui rechaçada a característica do Direito Penal do Inimigo de antecipação da retirada de direitos daqueles que supostamente teriam praticado uma ação delituosa.

Esmiuçando o entendimento a respeito da prisão cautelar, caso tal cerceamento da liberdade venha a se dar por um período excessivo, com contornos abusivos e não-razoáveis, na visão do STF, passa a atentar contra a dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, lecionam os HCs de número 85.237, 98.621, 95.634 e 95.634.

Mais ainda, na visão de Ferrajoli (2010), toda e qualquer prisão que venha a ser decretada anteriormente ao trânsito em julgado de uma condenação, há de ser dada como tida com contornos ilegítimos e inadmissíveis por afrontar o Princípio da Presunção de Inocência.

Seria, então, a prisão cautelar mais uma face do Direito Penal do Inimigo? Com a ótica do garantismo não resta a menor dúvida que sim.

Em se tratando da Ação Penal de nº 470, do conhecido caso do “Mensalão”, o colunista Reinaldo Azevedo do semanário “Veja”, escrevendo no sítio eletrônico dessa mesma revista de ampla circulação, fazendo menção ao guardião da Constituição, diz que “esse julgamento está sendo positivo porque tem permitido debater uma série de questões relevantes. Celso de Mello fez algumas considerações sobre o que é conhecido como ‘direito penal do inimigo’. O ministro expressou, segundo entendi, seu repúdio à tese.”(AZEVEDO, 2012, [s.p.]

Na presente ação, rejeitou-se o pedido de audiência por videoconferência, ante o direito do réu de estar presente em seu julgamento. Concluiu-se que a prisão que antecede a condenação definitiva infringe o princípio da presunção da inocência. Fora estudada a impossibilidade de fixação de pena em regime fechado apenas pela gravidade do crime, de tal modo que em favor dos réus, analisaram-se as provas de maneira comedida.

No caso da Ação Penal 470, é notório que o Supremo Tribunal Federal, com resguardo em princípios constitucionais, firmou suas decisões pautado em todas as prerrogativas do Direito Penal do “amigo do poder”, apelidado dessa forma, de maneira perspicaz, por Lenio Streck e Rosivaldo Toscano Júnior (2013) ao se referirem à maneira branda, quase peculiar, como são tratados os criminosos de colarinho branco, bem como à seletividade penal relacionada ao foro por prerrogativa de função.

6 Considerações finais

O clamor social por uma drástica e rápida solução envolvendo a criminalidade salta aos olhos do poder público, traduzindo-se em leis que cada vez mais se afastam do proposto pela Magna Carta de 1988.

O Direito Penal do Inimigo lida com noções essencialmente preventivas, ao passo que, para enquadrá-lo frente aos ordenamentos jurídicos garantistas – como o brasileiro –, necessário seria uma intensa reforma em toda estrutura normativa.

Em que pese a fundamentação explanada pela teoria seduza àqueles de crítica ferrenha à impunidade no país, esta não se coaduna com os princípios trazidos pela Constituição da República Federativa do Brasil.

Entretanto, o presente trabalho demonstrou que latentes são os traços do direito penal do inimigo incorporados à atual legislação pátria, ante a antecipação da punibilidade, a desconsideração de direitos e garantias fundamentais, bem como a “aniquilação” do hipotético inimigo da sociedade.

Imperioso destacar que, em nome ao combate à criminalidade, não se deve retroceder ao respeito aos direitos e garantias constitucionais, uma vez que conquistados a partir de uma laboriosa e difícil batalha travada pela população passada.

Ademais, considerando o caráter progressivo das penas no Brasil, estas devem ser elaboradas e aplicadas com o intuito de reeducar, ressocializar, não meramente punir, pois afastar um cidadão de sua condição de ser humano, mesmo que por um curto espaço de tempo, arbitrariamente é esquecer de forma total e absoluta que, um dia, esse indivíduo regressará à sociedade.

Não restam dúvidas de que a existência de um sistema jurídico penal justo, exato e equânime trata-se de uma platônica utopia, visto que o país, atualmente, adere a uma árdua luta pela inclusão social. Dessa forma, são punidos, em sua maioria, pequenos infratores por menores delitos.

Nota-se, cada vez mais, que os gigantes inimigos do Estado são aqueles que o gerem, ocasionando rombos milionários aos cofres públicos, refletindo, com isso, a dura realidade que assombra a sociedade brasileira, que sem oportunidade torna-se presa fácil ao mundo do crime.

Ante o exposto, conclui-se que condutas socialmente reprováveis, bem como criminosos de alta periculosidade sempre existirão no âmbito da sociedade. Entretanto, mudanças significativas ocorrerão caso o real inimigo social seja erradicado, como a educação de má qualidade, a precariedade na saúde, pouca oportunidade de trabalho, as dificuldades em se obter moradia e alimentação dignas, destinando, o poder público, recursos nesses setores que visem concludentemente a inclusão social, e não a exclusão. Dessa forma, a violência que tanto alarma a sociedade será controlada, dispensando-se, então, as edições de leis mais severas.

Referências

AZEVEDO, Reinaldo. A teoria do direito “penal do inimigo”. *Veja*. Rio de Janeiro, out. 2012. Seção Blogs e Colunistas. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/blog/reinaldo/geral/a-teoria-do-direito-penal-do-inimigo/>>. Acesso em: 16 out. 2014.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução Néelson Jahr Garcia. [S.l.]: Ridendo Castigat Mores. 2001.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Juizados especiais criminais e alternativas à pena de prisão*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 1996.

_____. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. 13. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. 19. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. *Lei n.º 7.565, de 19 de dezembro de 1986*. Dispõe sobre o Código Brasileiro de Aeronáutica. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7565.htm>. Acesso em: 14 out. 2014.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. *Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 14 out. 2014.

BRASIL. *Lei n.º 10.792, de 1 de dezembro de 2003*. Altera a Lei no 7.210, de 11 de junho de 1984 - Lei de Execução Penal e o Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.792.htm>. Acesso em: 13 out. 2014.

BRASIL. *Decreto n.º 5.144, de 16 de julho de 2004*. Regulamenta os §§ 1o, 2o e 3o do art. 303 da Lei no 7.565, de 19 de dezembro de 1986, que dispõe sobre o Código Brasileiro de Aeronáutica, no que concerne às aeronaves hostis ou suspeitas de tráfico de substâncias entorpecentes e drogas afins. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5144.htm>. Acesso em: 14 out. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n.º 85.237-8*. Excesso de Prazo na Prisão Cautela. Impetrante: Ataíde Jorge de Oliveira. Impetrado: Presidente do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 17 de março de 2005. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2005-mar-23/ministro_aprofunda_estudo_excesso_prisao_cautelar>. Acesso em: 10 out. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n.º 85.531*. Regime Inicialmente Fechado. Impetrante: Patrícia Helena Massa Arzabe. Impetrado: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 22 de março de 2005. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/765684/habeas-corpus-hc-85531-sp>>. Acesso em: 10 out. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n.º 95.009-4, Prisão Preventiva*. Impetrante: Nélio Roberto Seidl Machado e outros. Impetrado: Relator do HC n.º 107.514 do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, DF, 18 de dezembro de 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/hc95009eg.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n.º 84.078-0, Inconstitucionalidade da Chamada "execução Antecipada da Pena"*. Impetrante: Omar Coelho Vitor. Impetrado: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, DF, 05 de fevereiro de 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ementa84078.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 95.492, Excesso de Prazo na Prisão Preventiva*. Impetrante: Gladiwa de Almeida Ribeiro e outros. Impetrado: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Cezar Peluso. Brasília, DF, 10 de março de 2009. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4064482/habeas-corpus-hc-95492-pr>>. Acesso em: 10 out. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 95.634 -3, Demora Excessiva Ou Injustificada Para O Julgamento do Réu*. Impetrante: João Alcindo Dill Pires. Impetrado: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministra Ellen Gracie. Brasília, DF, 02 de junho de 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=597177>>. Acesso em: 10 out. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 98.621, Excesso de Prazo na Prisão Preventiva*. Impetrante: Wendel Araújo de Oliveira. Impetrado: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 23 de março de 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610184>>. Acesso em: 10 out. 2014.

BRUNO, Aníbal. *Direito Penal: parte geral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

CONDE, Francisco Muñoz. *Edmund Mezger e o Direito Penal de seu tempo: estudos sobre o Direito Penal no nacional-socialismo*. Tradução Paulo César Busato. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 3. ed. Saraiva: São Paulo, 2010.

GOMES, Luíz Flávio. *Lei do abate: inconstitucionalidade*. 2009. Disponível em: <<http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/1990529/lei-do-abate-inconstitucionalidade>>. Acesso em: 14 out. 2014.

GRECO, Luís. Sobre o chamado direito penal do inimigo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 56, p. 80-112, set./out. 2005.

GRECO, Rogério. *Direito Penal do Inimigo*. Disponível em <<http://www.rogeriogreco.com.br/?p=1029>>. Acesso em: 29 set. 2014.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

MARTÍN, Luis Gracia. *O horizonte do Finalismo e o Direito Penal do Inimigo*. Tradução Luiz Regis Prado e Érika Mendes de Carvalho. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. (Série Ciência do Direito Penal Contemporânea)

MASSON, Cléber. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Método, 2010.

PARTE 1 - *Direito Penal do Inimigo*. Realização de Gabriel Habib. Coordenação de Tânia Fraga. 2011. (52 min. e 12 seg.), son., color. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=7EU4q0WGPhg>>. Acesso em: 28 ago. 2014.

ROUSSEAU, Jean Jacques. *Do contrato social*. Tradução Rolando Roque da Silva. [S.l.]: Ridendo Castigat Mores. 2002.

ROXIN, Claus. Tem futuro o Direito Penal?. *Revista dos Tribunais*. ago. 2001. Doutrina Penal, Primeira seção. n. 790. ano 90.

SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução Luiz Otavio de Oliveira Rocha, São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002. v. 11. (Série Ciências Criminais no Século XXI).

_____. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. 2 ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista os Tribunais, 2011.

SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

STRECK, Lenio Luiz; LUISI, Luiz. *Direito penal em tempos de crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____; TOSCANO JÚNIOR, R. Do Direito Penal do Inimigo ao Direito Penal do Amigo do Poder. *Revista de Estudos Criminais – Publicação do Instituto Transdisciplinar de Estudos Criminais com apoio do Programa de Pós Graduação em Ciências Criminais da PUCRS*, São Paulo, n. 51, 2013.

ZAFFARONI, E. Raúl. *O inimigo no direito penal*. Tradução Sérgio Lamarão. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

A nomeação de familiares para o secretariado pelo chefe do poder executivo municipal

The appointment of family members to the secretariat by the head of the municipal executive branch

Otávio Augusto Vieira Bomtempo

Graduando em Direito pelo Centro Universitário de Patos de Minas (UNIPAM).
E-mail: tavinho_bomtempo@hotmail.com

Paulo César de Freitas

Professor orientador (UNIPAM)
E-mail: paulofreitas@unipam.edu.br

Resumo: Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, foi instituído no país o princípio da probidade administrativa, determinando que a Administração Pública obedeceria aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e, posteriormente, eficiência. Entretanto, afrontando os mencionados mandamentos axiológicos, as práticas de nepotismo permaneceram frequentes no serviço público, sem a devida regulamentação legislativa no âmbito federal. Desse modo, em 29 de agosto de 2008, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula Vinculante nº 13, que veio proibir o nepotismo nas três esferas do Poder Público, consagrando o direito fundamental ao governo honesto. Todavia, tal súmula silenciou-se a respeito da possibilidade de os chefes do Poder Executivo nomearem seus familiares para cargos políticos. Nesse sentido, o presente estudo, baseado em pesquisas bibliográficas e em coleta de dados jurisprudenciais, objetiva analisar a seguinte questão: seria possível a nomeação de familiares para o secretariado pelo chefe do Poder Executivo Municipal? Configurar-se-ia ou não a prática do nepotismo? Inicialmente, o STF entendia que tal nomeação, decorrente de um ato discricionário do administrador, seria plenamente lícita, em face da natureza axialmente política do cargo. Hodiernamente, no entanto, verifica-se uma crescente relativização do tema, principalmente quando a nomeação ocorre sem a devida qualificação profissional, curricular ou técnica do familiar, pautada exclusivamente nos laços fraternos. Nesses casos, haveria a afronta direta a diversos vetores principiológicos, que possuem força normativa, podendo configurar a nefasta prática nepotista.

Palavras-chave: Governo honesto. Nepotismo. Súmula Vinculante n.º 13. Prefeito. Princípios.

Abstract: With the promulgation of the 1988 Constitution, it was established in the country the principle of administrative probity, determining that the Public Administration would obey the principles of legality, impersonality, morality, publicity and, subsequently, efficiency. However, defying the mentioned axiological commandments, nepotism practices remained frequent in public service, without proper legislative regulation at the federal level. Thus, on 29 of August, 2008, the Supreme Court issued the Binding Precedent number 13, which came to prohibit nepotism in the three government spheres, enshrining the fundamental right to honest government. However, this precedent is silent regarding the possibility of the heads of the executive branch to appoint their relatives for political office. In this sense, the present study, based on bibliographic research and on collection of jurisprudence data, purposes to analyze the following question: Would the appointment of family members to the secretariat

by the head of the Municipal Executive Branch be possible? Would it be considered a practice of nepotism? Initially, the Supreme Court considered that such an appointment, result of the administrator's discretionary act, would be fully lawful, given the axially political nature of the post. In our times, however, there is a growing relativism of this theme, especially when the appointment occurs without proper professional, curricular or technical qualifications of the family member and based solely on fraternal ties. In such cases, there would be a direct affront to many evaluative vectors, which have legal force and can configure the nefarious nepotistic practice.

Keywords: Honest government. Nepotism. Binding Precedent number 13. Mayor. Principles.

1 Considerações iniciais

Neste momento ímpar da história da sociedade brasileira, em que diversas mazelas do Poder Público são evidenciadas pela mídia e que a consciência coletiva vem se repugnando com a constante manipulação da máquina estatal em prol de interesses particulares, faz-se mister a análise de uma situação bem corriqueira na Administração Pública: a real possibilidade de os chefes do Poder Executivo Municipal nomearem seus familiares para o secretariado.

Nesse caminho, com a promulgação da Carta Magna Brasileira em 1988, determinou-se que a Administração Pública obedeceria aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e, posteriormente, eficiência, que, juntamente a outros mandamentos axiológicos, passariam a reger a jovem democracia brasileira.

Ocorre que o nepotismo, nefasta prática na qual o administrador admite no serviço público indivíduo a ele ligado por vínculos de parentesco, vinha sendo admitido no sistema jurídico brasileiro, por séculos, sob o pretexto de não haver norma reguladora acerca do tema.

Nesse diapasão, em virtude da omissão legislativa no âmbito federal, em 29 de agosto de 2008, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula Vinculante nº 13, que veio proibir a prática nepotista nas três esferas do Poder Público. Todavia, a aludida súmula silenciou-se a respeito da possibilidade de os chefes do Poder Executivo nomearem seus familiares para cargos políticos.

Tendo em vista que, não raramente, diversos Prefeitos Municipais nomeiam seus tios, pais ou filhos para o secretariado municipal, indaga-se: e se a única razão da nomeação for o vínculo familiar? Admitir-se-ia a nomeação de um parente consanguíneo ou afim sem nenhuma qualificação para o cargo político? Não haveria ofensa aos princípios da Administração Pública? Até aonde iria a discricionariedade do ato administrativo?

Desse modo, a presente pesquisa, pautada em olhares doutrinários e jurisprudenciais, objetiva discutir tais questões a fim de que a Administração Pública possa consagrar o chamado direito fundamental ao governo honesto.

2 O Neoconstitucionalismo e a tutela do direito fundamental ao governo honesto

Em 05 de outubro de 1988, com o advento da redemocratização brasileira, após os conturbados anos de chumbo, a “Constituição Cidadã”¹⁰ foi promulgada, inaugurando uma nova ordem jurídica, pautada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária, reafirmando diversos direitos, até então cerceados pela Ditadura Militar.

Vislumbra-se, logo no preâmbulo da Carta Maior, a instituição de um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça.

No entanto, para que o Estado Democrático deixasse de ser apenas um ideal utópico e se convertesse na expressão concreta de uma ordem social justa, seria necessária uma organização flexível, que assegurasse a permanente supremacia da vontade popular, buscando-se a preservação da igualdade de possibilidades, com liberdade (DALLARI, 2007).

Desse modo, o Brasil, como Estado Democrático de Direito, com a positivação da Lei Maior de 1988, deixou seu texto de ter um caráter meramente retórico e passou à valoração dos princípios, marcando a passagem do Positivismo para o Pós-Positivismo ou Neoconstitucionalismo.

Nesse momento, o Poder Judiciário assumiu a figura central no ordenamento jurídico pátrio, que passou a adquirir densidade normativa ante as atuais tendências do Direito Constitucional contemporâneo. Nesse contexto, verifica-se a “Constituição como valor em si”, possibilitando um maior exercício quanto à defesa e à efetivação dos direitos fundamentais.

Nesses termos, o Neoconstitucionalismo veio traduzir as ideias de positivação e concretização de um catálogo de direitos fundamentais, onipresença dos princípios e das regras, inovações hermenêuticas, densificação da força normativa do Estado e desenvolvimento da justiça distributiva (AGRA, 2008).

Assim, com a inauguração da nova ordem jurídica brasileira, buscou-se superar o caráter meramente retórico da Constituição, por meio do desenvolvimento de instrumentos para a efetiva concretização de seus preceitos, segundo um modelo axiológico em que o Direito passaria a ser norma e valor.

Desse modo, foi reconhecida a premissa da primazia do ser humano para o universo jurídico, com base nas ideias de Kant (2004, p. 52), segundo o qual “o homem deve ser considerado como um fim em si mesmo”, fonte teórica para o princípio da dignidade da pessoa humana, núcleo rígido contido em todos os direitos fundamentais.

Nesse sentir, Sarmiento (2003) afirma que os direitos fundamentais, ao lado de sua configuração subjetiva, possuem uma dimensão objetiva que deve refletir os valores fundamentais da ordem jurídica, irradiando seus efeitos sobre toda ela.

A respeito da “eficácia irradiante” dos direitos fundamentais, discorre Sarmiento que

2. O deputado Ulysses Guimarães denominou a Constituição Federal de 1988 de “Cidadã”, ao fazer referência à intensa participação popular na elaboração de seu texto.

a dimensão objetiva dos direitos fundamentais liga-se ao reconhecimento de que tais direitos, além de imporem certas prestações aos poderes estatais, consagram também os valores mais importantes em uma comunidade política, constituindo, como afirmou Konrad Hesse, “as bases da ordem jurídica da coletividade”. Nessa linha, quando se afirma a existência desta dimensão objetiva pretende-se, como registrou Vieira de Andrade, “fazer ver que os direitos fundamentais não podem ser pensados apenas do ponto de vista dos indivíduos, enquanto faculdades ou poderes de que estes são titulares, antes valem juridicamente também do ponto de vista da comunidade, como valores ou fins que esta se propõe a prosseguir (2003, p. 253-254).

Desse modo, a “eficácia irradiante” dos direitos fundamentais permite ao Poder Legislativo elaborar a lei, à Administração Pública governar e ao Poder Judiciário resolver os conflitos, buscando consagrar os ditames da dignidade da pessoa humana, da igualdade substantiva e da justiça social (SARMENTO, 2003, *apud* LENZA, 2014).

Nessa ordem de ideias, o Neoconstitucionalismo visa, sobretudo, concretizar os chamados direitos fundamentais de terceira dimensão, que são os direitos de solidariedade ou de fraternidade.

Para Pedro Lenza (2014, p. 1058), “os direitos da 3.^a dimensão são direitos transindividuais, isto é, direitos que vão além dos interesses do indivíduo; pois são concernentes à proteção do gênero humano, com altíssimo teor de humanismo e universalidade”.

O que caracteriza os interesses transindividuais é o fato de não se enquadrarem nas categorias tradicionais de interesse público e privado, pois pertencem a um grupo, categoria ou classe de pessoas que mantêm entre si um vínculo jurídico ou fático, podendo ser objeto de tutela coletiva (MAZZILLI, 2007).

Nesses casos, segundo Bobbio (1992, p. 11), “o ser humano é inserido em uma coletividade e passa a ter direitos de solidariedade ou fraternidade”.

Dentre os direitos fundamentais de terceira dimensão destacam-se: o direito ao desenvolvimento, ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, à propriedade sobre o patrimônio público e histórico, à comunicação, à proteção da relação de consumo, à proteção da probidade administrativa e o direito fundamental ao governo honesto.

O direito fundamental ao governo honesto pode ser extraído do princípio republicano, do princípio da cidadania e do princípio da dignidade da pessoa humana, logo no artigo 1º da Carta Maior (PLATES, 2011).

Tal direito, segundo o disposto no artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor, tem natureza difusa por não haver titular identificado e por conter um objeto indivisível, decorrente de uma circunstância de fato, pertencendo, pois, à coletividade como um todo.

Nessa linha de raciocínio, o Ministro Celso de Mello assim o descreveu:

sabemos todos que o cidadão tem o direito de exigir que o Estado seja dirigido por administradores íntegros, por legisladores probos e por juízes incorruptíveis, que desempenhem as suas funções com total respeito aos postulados ético-jurídicos que condicionam o exercício legítimo da atividade pública. O direito ao governo

honesto – nunca é demasiado reconhecê-lo - traduz uma prerrogativa insuprimível da cidadania (BRASIL, 2008 [s.p]).

O direito fundamental ao governo honesto vinha sendo tratado como direito subjetivo, mas deve ser encarado como um interesse juridicamente protegido, passível de ser exigido em juízo, tanto individual quanto coletivamente, por meio das tutelas coletivas.

A respeito, Martins Júnior discorre, *ipsis verbis*:

a natureza difusa do direito à moralidade administrativa e a sua transindividualidade. Por dimensão estrutural, a moralidade administrativa é um valor socialmente difundido e, por isso, pertence a toda a coletividade, indivisível e indeterminadamente, integrando o patrimônio social, como pondera Lúcia Valle Figueiredo, garantindo o direito subjetivo público a uma Administração Pública honesta, pois, na medida em que se estabelece e se desenvolve, impõe limites e apresenta redutores à discricionariedade administrativa, ao desvio de poder, à desonestidade, à deslealdade, implantando uma rede de proteção ética destinada à sublimação das regras de boa administração. [...] A proteção jurídica brasileira dos direitos e interesses metaindividuais abrange a tutela da moralidade e da probidade administrativas. A moralidade administrativa é considerada interesse difuso por excelência, cujo titular é a coletividade. A probidade, dever decorrente da moralidade, segue a mesma natureza (indivisibilidade e indisponibilidade) e tem a mesma titularidade (2006, p. 91-94).

Paralelamente às bases axiológicas de onde se extrai o direito ao governo honesto, a Carta de Outubro, em seu artigo 37, *caput* e §4º, inovou ao instituir o princípio da probidade administrativa, determinando que a Administração Pública obedeceria aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência que, dentre outros mandamentos valorativos, passaram a reger a jovem democracia brasileira.

E, para dar concretude aos aludidos dispositivos constitucionais, em 02 de junho de 1992, a Lei Federal nº 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa) foi introduzida no ordenamento jurídico pátrio, considerada um revolucionário instrumento de defesa do patrimônio público.

Nesse sentido, tal diploma veio disciplinar os atos de improbidade administrativa, caracterizando-os como aqueles que importam em enriquecimento ilícito (artigo 9º), os que causam prejuízo ao erário (artigo 10) e os que atentam contra os princípios da Administração Pública (artigo 11), fixando as sanções aos responsáveis, no artigo 12, independentemente da efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público, salvo quanto à pena de ressarcimento.

Nessa lógica, estabeleceu que a ação principal, que passou a seguir o rito ordinário, deveria ser proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, em até 05 (cinco) anos após o término do exercício do mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança.

Ocorre que, malgrado houvesse robusta previsão normativa com vistas a tutelar os interesses difusos e coletivos, como a Lei de Ação Popular (Lei n.º 4.717/65), a Lei da

Ação Civil Pública (Lei n.º 7.347/85), o Código de Defesa do Consumidor (Lei n.º 8.078/90) e a então sancionada Lei de Improbidade Administrativa (Lei n.º 8.429/92) para punir os atos que desrespeitassem a *res publica*, diversas práticas que desafiavam a moralidade e as demais normas axiológicas da Administração Pública permaneceram constantes na sociedade brasileira, dentre as quais se incluía a prática do nepotismo.

3 O nepotismo no Brasil e sua vedação pelo Supremo Tribunal Federal por meio da súmula vinculante n.º 13

Em termos gerais, o nepotismo na Administração Pública consiste em uma conduta ilícita, consubstanciada na forte influência do vínculo familiar como motivação do ato administrativo de nomeação, em que o critério de parentesco é o fator determinante, em detrimento às regras da ética, da moral, da impessoalidade e da eficiência.

Nessa razão, o nepotismo é, pois, um tema recorrente na cultura administrativa brasileira e na própria sociedade (HOLANDA, 2000).

Etimologicamente, o termo origina-se do latim *nepos*, que significa neto, descendentes a posteridade, e *nepotis*, sobrinho. Entretanto, alguns estudiosos afirmam que o vocábulo provém do nome do imperador romano Flávio Júlio Nepote, enquanto outros apontam para *nepos*, uma espécie de escorpião, cujas crias devoravam a mãe, ao serem colocadas no dorso materno (ROCHA, 2009).

De acordo com o dicionário *Aurélio da língua portuguesa* (2001), nepotismo seria a “autoridade que os sobrinhos e outros parentes do Papa exerciam na administração eclesiástica”.

Nessa lógica, a divulgação do vocábulo, ao qual foi acrescido o sufixo “ismo”, em muito se deveria aos pontífices da Igreja Católica, durante os séculos XV e XVI. Nessa época, alguns papas tinham por hábito conceder cargos, dádivas e favores aos seus parentes mais próximos, pelo fato de não possuírem filhos, terminando por lapidar os elementos intrínsecos ao nepotismo (GARCIA, 2006).

Desse modo, o nepotismo pode ser entendido como

[...] a prática pela qual uma autoridade pública nomeia um ou mais parentes próximos para o serviço público ou lhes confere outros favores, a fim de aumentar a sua renda ou ajudar a montar uma máquina política, em lugar de cuidar da promoção do bem-estar público (ACQUAVIVA, 2009, p. 577)

Buscando justificar as tão tradicionais práticas nepotistas, o doutrinador Bellow (2006) afirma que têm origem na própria natureza e que, pelo favorecimento pessoal dos parentes pelas autoridades, resulta numa proteção à genética, à prole e à perpetuação da espécie.

Nesse sentido, seria natural que a autoridade quisesse dar preferência a um familiar, em lugar de um desconhecido ou estranho, tendo em vista que as relações de parentesco são sustentadas por laços afetivos, de solidariedade, e que a família seria o principal pilar da sociedade.

Garcia (2006), por sua vez, explica que o nepotismo é uma prática antiga, que, num primeiro momento, pode estar relacionada à lealdade e à confiança existentes entre o benemérito e o favorecido, com o fim precípua de resguardar os interesses daquele.

Essa vertente pode ser visualizada na conduta de Napoleão, que nomeou seu irmão, Napoleão III, para governar a Áustria, que abrangia a França, a Espanha e a Itália. Com isto, em muito diminuíam as chances de uma possível traição, permitindo a subsistência do império napoleônico (GARCIA, 2006, p. 1-9).

Por outro lado, em outra situação, o benemérito tão-somente beneficiaria determinadas pessoas a quem seria grato, buscando recompensá-las ou mesmo agradá-las por condutas pretéritas.

“Como ilustração, pode ser mencionada a conduta de Luiz XI, que presenteou sua amante Ana Passaleu com terras e até com um marido (João de Brosse), o que permitiu que fosse elevada à nobreza” (GARCIA, 2006, p. 1-9).

No Brasil, de acordo com Vasconcelos (2002), o nepotismo pode ser identificado desde seus primórdios, tendo como marco inicial a Carta de Pero Vaz de Caminha, por meio da qual o escrivão solicitava ao Rei D. Manuel I um emprego a seu genro.

A breve história da nação brasileira, já em seus primórdios, registra a primeira manifestação de tal prática, ocorrida pela pena de Pero Vaz de Caminha, escrivão de Pedro Álvares Cabral, ao dar conta ao Rei de Portugal das maravilhas que se descortinavam na terra nova:

“E nesta maneira, Senhor, dou aqui a Vossa Alteza conta do que nesta vossa terra vi. E, se a algum pouco alonguei, Ela me perdoe, que o desejo que tinha de vos tudo dizer mo fez assim pôr pelo miúdo. E, pois que, Senhor, é certo que assim neste cargo que levo, como em qualquer outra coisa que de vosso serviço for, Vossa Alteza há-de ser de mim muito bem servida, a Ela peço que, por me fazer singular mercê, mande vir da Ilha de São Tomé Jorge de Osório, meu genro, o que d’Ela receberei em muita mercê” (VASCONCELOS, 2002, p. 27-30).

Desse modo, forçoso reconhecer que as práticas nepotistas estão enraizadas em toda a história brasileira, mostrando-se corriqueiras na Administração Pública, seja de forma declarada, seja de forma dissimulada, não tendo o Poder Legislativo, ainda, se manifestado a respeito do tema.

A preocupação acerca dos contornos do nepotismo no país ganhou maior relevância com a posição adquirida pela Suprema Corte após a Emenda Constitucional n.º 45/2004, com a reforma do Poder Judiciário.

Nessa data, houve a previsão da instituição de súmulas vinculantes como instrumentos de pacificação de controvérsias jurisprudenciais, as quais passaram a versar sobre a validade, interpretação e eficácia de normas jurídicas em face do texto constitucional (FIGUEIREDO, 2007).

Sem dúvida, esse modelo veio consagrar aquilo que a doutrina, quando da promulgação da Constituição Federal de 1988, havia denominado de “Supremocracia”,

em virtude de o STF ter se deslocado para o centro do arranjo político nacional e passado a assumir autoridade em relação às instâncias inferiores, adquirindo o papel de intérprete final da Magna Carta Brasileira (VIEIRA, 1994).

Nesse cenário, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), criado em decorrência da Emenda Constitucional n.º 45/2004, foi o primeiro órgão a se manifestar sobre a celeuma acerca do nepotismo, ao cuidar de sua vedação no âmbito do Poder Judiciário, por meio da edição da Resolução n.º 07, de 18 de outubro de 2005.

Nessa resolução, a qual foi objeto da Ação Declaratória de Constitucionalidade n.º 12/2006, ajuizada pela Associação dos Magistrados do Brasil perante o Supremo Tribunal Federal, determinou-se a exoneração das pessoas ocupantes de cargos de provimento em comissão e de funções gratificadas que se encontravam em determinadas situações.

Nesse ritmo, com a decisão e os fundamentos de mérito proferidos nos autos da supradita ADC, em sede de controle concentrado de constitucionalidade, o Pretório Excelso consolidou o teor da Resolução n.º 07 do CNJ no ordenamento jurídico, reconhecendo que a prática do nepotismo viola os princípios constitucionais da Administração Pública.

Desse modo, foi determinada a proibição do exercício de qualquer função pública em tribunais, por cônjuge, companheiro, parentes consanguíneos, em linha reta e colateral, ou por afinidade até o terceiro grau de magistrados vinculados aos mesmos, ainda que por meio indireto, como a contratação temporária, a terceirização ou a contratação direta de serviços de pessoas físicas.

Posteriormente, nos autos do Recurso Extraordinário n.º 579.951-4 de Água Nova/RN, no qual se analisava a legalidade da contratação de um parente de vereador e um parente do vice-prefeito para exercerem, respectivamente, os cargos de secretário municipal e motorista, a Suprema Corte manifestou-se novamente a respeito do tema.

Nessa oportunidade, decidiu-se pela inconstitucionalidade da prática do nepotismo à luz dos princípios da moralidade, eficiência, impessoalidade e igualdade, independentemente da atuação do legislador ordinário, ou seja, de haver norma infraconstitucional regulamentadora.

Ora, tendo em conta a expressiva densidade axiológica e a elevada carga normativa que encerram os princípios abrigados no caput do art. 37 da Constituição, não há como deixar de concluir que a proibição do nepotismo independe de norma secundária que obste formalmente essa reprovável conduta. Para o expurgo de tal prática, que lamentavelmente resiste incólume em alguns “bolsões” de atraso institucional que ainda existem no País, basta contrastar as circunstâncias de cada caso concreto com o que se contém no referido dispositivo constitucional (BRASIL, 2008).

Nesse contexto, constatada a omissão do legislador federal e uma vez reconhecido o caráter normativo da Resolução n.º 07 do CNJ pelo próprio STF, poder-se-ia impor a aplicação das vedações contidas nessa regulamentação, por analogia, também aos Poderes Executivo e Legislativo.

De acordo com Diniz (2011), a analogia consiste em aplicar a um caso não contemplado por norma, o disposto em outra prevista para hipótese distinta, mas semelhante. Assim, com fundamento na igualdade jurídica e baseando-se em razões relevantes de similitude, seria possível ampliar a estrutura de uma situação qualquer, incorporando-lhe uma situação nova.

Entretanto, devido aos anseios populares constantemente inflamados pela mídia, que associava a prática do nepotismo à corrupção, considerando-a empecilho à democracia (ANTONIO, 2009), finalmente, em 29 de agosto de 2008, a Súmula Vinculante n.º 13 do Supremo Tribunal Federal foi publicada no Diário Oficial da União, com os seguintes dizeres:

a nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal (BRASIL, 2008).

Destarte, a Súmula Vinculante n.º 13 veio proibir a prática de nepotismo nas três esferas do Poder Público, possuindo aplicação imediata e eficácia *erga omnes*.

4 A possibilidade de nomeação de familiares para o secretariado pelo chefe do poder executivo municipal

A Súmula Vinculante n.º 13, ao proibir as nomeações de familiares nas três esferas do Poder Público, tornou-se o marco do fim do nepotismo escrachado no país, findando a discussão a respeito da necessidade de lei infraconstitucional para regulamentar a aplicação dos princípios.

Nesses termos, a súmula não exigiu, para a caracterização do nepotismo, a ocorrência de hierarquia entre os cargos e as funções e previu, expressamente, a proibição do chamado “nepotismo cruzado”, isto é, a troca de favores entre os Poderes de forma velada.

A modalidade de nepotismo cruzado ocorre quando duas autoridades tentam burlar a súmula por meio da nomeação de seus parentes de forma recíproca, sendo o caso, *v.g.*, “do vereador que nomeia o primo do prefeito para trabalhar na Câmara Municipal e em contrapartida, o Prefeito nomeia o parente do vereador para ocupar cargo de provimento em comissão no Executivo Municipal” (AURELIANO, 2012, p. 530).

Quanto aos destinatários da proibição, expressamente, a Súmula Vinculante n.º 13 veda a contratação de cônjuge, de companheiro e de parentes, em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, para a Administração Pública, diferentemente da definição de parentesco legal, preceituada pelo *Codex Civil*, segundo a qual o parentesco por afinidade na linha colateral limita-se ao segundo grau, ou seja, até os cunhados.

Nessa lógica, a súmula ampliou a extensão do grau de parentesco por afinidade até o terceiro grau, vedando à autoridade nomeante ou ao servidor que ocupe cargo de direção, chefia ou assessoramento da mesma pessoa jurídica nomear também os sobrinhos e os tios de seu cônjuge ou companheiro, em caso de união estável. Dessa sorte, o critério de inibição do nepotismo não pressupõe, necessariamente, o parentesco legal.

A respeito do objeto da vedação sumular, a Constituição Federal, em seu artigo 37, inciso II, instituiu o princípio do concurso público, ao dispor que a investidura em cargo ou em emprego público dependeria de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos.

Entretanto, o próprio diploma estabeleceu ressalvas quanto às nomeações para cargos em comissão declarados em lei de livre nomeação e exoneração. Além disso, firmou exceção quanto às funções por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público e para as funções de confiança, de livre provimento e exoneração, em atribuições de direção, chefia e assessoramento (DI PIETRO, 2014).

Nessa esteira, na oportunidade da edição da Súmula Vinculante n.º 13, esclareceu-se que os familiares não poderiam ser nomeados para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na Administração Pública direta e indireta em qualquer dos entes da Federação, sob pena de se configurar nepotismo.

Desse modo, tais cargos, de natureza administrativa, são objeto da vedação sumular, sendo absolutamente proibida a sua contratação. Diferentemente ocorre quando da nomeação de familiares para cargos políticos, os quais são exercidos por agentes políticos que ajudam a formar a vontade superior do governo, como ministros, secretários de estado e secretários municipais.

Em tais hipóteses, a contratação poderia ocorrer, desde que observados certos requisitos, de acordo com o Pretório Excelso. É nesse cenário que se verifica a problemática do presente estudo: a possibilidade de nomeação de familiares para o secretariado pelo chefe do Poder Executivo Municipal.

De acordo com o entendimento dos ministros, devido à natureza axialmente política do cargo, a nomeação de familiares para ocuparem os cargos de secretários municipais pelo Prefeito Municipal não ofenderia, a princípio, a Súmula Vinculante n.º 13. Isso porque, segundo a Excelsa Corte, os secretários municipais são agentes de poder que integram o Poder Executivo, ou seja, fazem parte do governo, razão pela qual não se haveria de conjecturar de nepotismo.

Então, quando o art. 37 refere-se a cargo em comissão e função de confiança, está tratando de cargos e funções singelamente administrativos, não de cargos políticos. Portanto, os cargos políticos estariam fora do alcance da decisão que tomamos na ADC n.º 12, porque o próprio capítulo VII é Da Administração Pública enquanto segmento do Poder Executivo. E sabemos que os cargos políticos, como por exemplo, o de secretário municipal, são agentes de poder, fazem parte do Poder Executivo. O cargo não é em comissão, no sentido do artigo 37. Somente os cargos e funções singelamente administrativos - é como penso - são alcançados pela imperiosidade do artigo 37, com seus lapidares princípios (BRASIL, 2008).

Tal entendimento foi novamente reforçado pelo Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da Reclamação n.º 6650-9/PR de relatoria da Ministra Ellen Gracie, em 20 de novembro de 2008.

AGRAVO REGIMENTAL EM MEDIDA CAUTELAR EM RECLAMAÇÃO. NOMEAÇÃO DE IRMÃO DE GOVERNADOR DE ESTADO. CARGO DE SECRETÁRIO DE ESTADO. NEPOTISMO. SÚMULA VINCULANTE 13. INAPLICABILIDADE AO CASO. CARGO DE NATUREZA POLÍTICA. AGENTE POLÍTICO. ENTENDIMENTO FIRMADO NO JULGAMENTO DO RE 579.951/RN. OCORRÊNCIA DA FUMAÇA DO BOM DIREITO. 1. Impossibilidade de submissão do reclamante, Secretário Estadual de Transporte, agente político, às hipóteses expressamente elencadas na Súmula Vinculante 13, por se tratar de cargo de natureza política. 2. Existência de precedente do Plenário do Tribunal: RE 579.951/RN, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe 12.09.2008 (BRASIL, 2008).

Nessa senda, o ministro Gilmar Mendes, lembrando a parceria entre John F. Kennedy, Presidente dos Estados Unidos na década de 60, e seu irmão, Bobby Kennedy, asseverou que “irmãos podem estabelecer um plano eventual de cooperação, sem que haja qualquer conotação de nepotismo” (NOTÍCIAS STF, 2008).

Ademais, a possibilidade de se nomear familiares para o secretariado pelo chefe do Poder Executivo Municipal baseia-se na autonomia e no poder discricionário do próprio alcaide, o qual possui certa liberdade para exercer o juízo de valor acerca da conveniência e da oportunidade do ato administrativo.

Di Pietro (2014, p. 221) entende que o ato é discricionário “quando a Administração, diante do caso concreto, tem a possibilidade de apreciá-lo segundo critérios de oportunidade e conveniência e escolher uma dentre duas ou mais soluções, todas válidas para o direito”.

Todavia, Carvalho Filho (2013, p. 51) salienta que “não obstante a discricionariedade constitua prerrogativa da Administração, seu objetivo maior é o atendimento dos interesses da Administração”. Também por esse prisma, Moraes (2006) afirma que tal discricionariedade deve ser limitada pelos permissivos constitucionais e legais.

Nesses termos, o Superior Tribunal de Justiça adverte que a discricionariedade atribuída ao administrador deve ser usada com parcimônia e de acordo com os princípios da moralidade pública, da razoabilidade e da proporcionalidade, sob pena de desvirtuamento (BRASIL, 1997).

Assim, para que seja oportunizada a nomeação de um parente ao cargo de secretário municipal pelo Prefeito Municipal, em que pese ser um ato discricionário, é imprescindível a verificação da intenção do administrador nomeante, bem como a análise da qualificação profissional, curricular ou técnica do familiar. Caso apresente tais requisitos, independentemente dos laços consanguíneos, poderá ser nomeado para o cargo político.

Lado outro, haverá a prática de nepotismo e a conseqüente configuração de ato de improbidade administrativa, caso o chefe do Poder Executivo Municipal desvie a

finalidade do ato administrativo e atue com abuso do poder discricionário, violando os princípios da Administração Pública.

5 O abuso do poder discricionário e a violação dos princípios da administração pública

Como corolário da supremacia da Constituição Federal, há muito, a doutrina vem acentuando a força normativa dos princípios constitucionais, que apresentam um caráter cogente, impositivo e de aplicação imediata.

Nessa sorte, os princípios não devem ser encarados como meras recomendações. São, pois, comandos normativos e representam prescrições de ordem fundamental, necessárias à própria existência válida da norma jurídica.

[...] é que os princípios constitucionais, longe de configurarem meras recomendações de caráter moral ou ético, consubstanciam regras jurídicas de caráter prescritivo, hierarquicamente superiores às demais e “positivamente vinculantes”, como ensina Gomes Canotilho. STF. RE. 579.951 RN. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. *Diário de Justiça*. Brasília, 13 set. 2008. (BRASIL, 2008).

Nesse caminho, nos casos em que não houver a devida qualificação profissional, curricular ou técnica do familiar e a nomeação para o cargo político de secretário municipal estiver pautada exclusivamente nos laços fraternos ou em designações recíprocas, haverá abuso do poder discricionário, com a consequente violação dos mandamentos axiológicos que regem a Administração Pública.

Mello, em suas lições, diz que

violiar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio violado, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra (2014, p. 818).

Desse modo, haverá flagrante violação aos diversos princípios estabelecidos tanto na Lei Maior, explícita e implicitamente, quanto na legislação infraconstitucional.

Inicialmente, tais nomeações violariam os princípios da supremacia do interesse público sobre o privado e da indisponibilidade do interesse público, dos quais se derivam todas as restrições impostas à atividade administrativa.

Do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado decorre que, existindo conflito entre o interesse público e o interesse particular, deverá prevalecer o interesse público, tutelado pelo Estado (ALEXANDRINO; PAULO, 2013).

Do princípio da indisponibilidade do interesse público extrai-se que os bens e interesses públicos não pertencem à administração, tampouco a seus agentes públicos, cabendo-lhes apenas a sua gestão, em prol da coletividade. Desse modo, o administrador não poderá dispor da coisa pública uma vez que não é o seu dono (ALEXANDRINO; PAULO, 2013).

Nesse sentido, não pode o Prefeito Municipal dispor do interesse público primário para satisfazer os seus caprichos e o de seus familiares, sendo que, na lição de Alessi (1953), tal interesse coaduna-se à vontade da coletividade, verdadeira titular dos direitos e interesses públicos.

A respeito do princípio da moralidade, Hamilton Rangel Júnior (2001) expõe que o Direito se relaciona com a moral no sentido de fornecer a pedra moral genérica (moral maximalista), para que cada um, a partir dela, lapide sua própria escultura.

Nessa ordem de ideias, todos os atos administrativos devem se coadunar à chamada “moral administrativa nacional”, conjunto de valores éticos tidos como obrigatórios à máquina administrativa para o desempenho de suas funções (HAURIOU, 1926). Assim, a moral administrativa, que contém ares de objetividade, visa a prevenir intrusões indevidas da esfera particular do administrador no exercício de seu múnus.

Ademais, a moralidade confere aos administrados o direito subjetivo de exigir do Estado uma eficiência máxima dos atos administrativos, fazendo que sua atividade seja impreterivelmente direcionada ao bem comum, buscando sempre a melhor solução para o caso (GARCIA, 2014, p. 137).

Desse modo, ao fazer nomeações para seu secretariado, o chefe do Poder Executivo Municipal não pode ter como foco exclusivamente o bem de um ente seu. Deve pensar que seria mais honesto nomear alguém com uma melhor capacitação para exercer a função, para poder gerar mais frutos à administração pública e garantir, portanto, a moralidade de seu ato (AURELIANO, 2012).

Nesses casos, o Prefeito Municipal, nas palavras de Meirelles (2006, p. 89), “não terá que decidir somente entre o legal e o ilegal, o justo e o injusto, o conveniente e o inconveniente, o oportuno e o inoportuno, mas também entre o honesto e o desonesto”.

Pelo princípio da igualdade, o administrador público tem que tratar a todos os administrados sem discriminações, somente podendo haver tratamento desigual em nome do interesse público.

Em conformidade ao princípio da igualdade, o vetor principiológico da impessoalidade também visa a impedir a atuação arbitrária e personalística do gestor da *res publica*, de modo a evitar que haja marcas pessoais à sua administração.

De tal norma axiológica extrai-se a lição de que administrar é um exercício institucional e não pessoal e que a conduta administrativa deve ser objetiva, imune ao intersubjetivismo e aos liames de índole pessoal (PAZZAGLINI FILHO, 2011).

Nesses termos, ao nomear um familiar para secretário municipal sem observar sua devida qualificação, o chefe do Poder Executivo Municipal pratica um ato parcial, que não tem o propósito de prestigiar o bem comum. Tal conduta, segundo entendimento do Supremo Tribunal Federal, fere o princípio da impessoalidade porque prevalece o nefasto “QI”, o popular “quem indica” (BRASIL, 2008).

Destarte, a fim de prestigiar a norma valorativa da impessoalidade, as condutas do Prefeito Municipal devem ser gerais e abstratas, norteadas por valores objetivos, de modo que ele não tome para si a figura de seu múnus público. Salienta-se, portanto, que o aludido alcaide é apenas o “instrumento por meio do qual se manifesta a vontade do Poder Público” (MOTTA, 2004, p. 18).

Nada obstante, o Supremo Tribunal Federal, nos autos do RE n.º 579.951-4/RN, reconheceu que a nomeação de parentes

[...] vulnera também o princípio da eficiência, introduzido pelo constituinte derivado no *caput* do art. 37 da Carta Magna, por meio da EC 19/1998, num evidente desvio de finalidade, porquanto permite que o interesse privado, isto é, patrimonial, no sentido sociológico e também vulgar da expressão, prevaleça sobre o interesse coletivo (BRASIL, 2008).

Nesse raciocínio, o princípio da eficiência impõe à Administração Pública a persecução do bem comum de maneira imparcial, neutra, transparente, participativa, eficaz, sem burocracia e sempre em busca da qualidade, primando pela adoção dos critérios legais e morais necessários para a melhor utilização dos recursos públicos, evitando-se desperdícios e garantido uma maior rentabilidade social (MORAES, 2006).

Ocorre que, com a cumulação de fatores estritamente subjetivos, como os de parentesco, os emocionais e os afetivos, aumentam-se as chances de comprometer a excelência na prestação do serviço público. Isso porque, ao familiar, é natural que sejam reservadas as tarefas mais amenas, os trabalhos menos penosos e as oportunidades mais cobiçadas, podendo gozar de privilégios que os demais não possuirão.

Desse modo, caso um secretário municipal seja nomeado sem critérios objetivos quanto à competência e à qualificação, é natural inferir que seu serviço não atenderá as necessidades dos administrados.

Outrossim, as considerações do Ministro Carlos Ayres de Britto, relator da ADC nº 12, acrescentam diversos empecilhos à concreção do princípio da eficiência ao fundir o ambiente caseiro com o espaço público.

[...] quando se vai cobrar assiduidade e pontualidade no comparecimento ao trabalho. Mais ainda, quando se é preciso punir exemplarmente o servidor faltoso (como castigar na devida medida um pai, a própria mãe, um filho, um (a) esposo (a) ou companheiro (a), um (a) sobrinho (a), enfim, com quem eventualmente se trabalhe em posição hierárquica superior?). E como impedir que os colegas não-parentes ou não-familiares se sintam em posição de menos obsequioso tratamento funcional? (BRASIL, 2006).

Por fim, as práticas ora analisadas ferem também o princípio da legalidade, fundamento e essência do Estado de Direito, no qual as leis governam e não os homens, segundo a máxima do direito inglês: *rule by the law, not by men* (PAZZAGLINI FILHO, 2011).

Nesses termos, a atividade administrativa municipal, a exemplo dos demais níveis de governo, deve ter sempre como oriente a primazia da lei. Nesse sentido, o Prefeito, como chefe do executivo, não pode deixar de compreender o sentido da lei, sob pena de incorrer na aplicação indevida ou na execução inócua (FAZZIO JÚNIOR, 2003).

Nas palavras de Rivero (1981, p. 18), “é difícil conceber, numa sociedade evoluída, uma Administração totalmente arbitrária, na qual o capricho dos

administradores não seria temperado por nenhuma regra, fosse de que natureza fosse". Assim, é sabido que o poder de ação administrativa, embora discricionário, não é totalmente livre. Isso se deve ao fato de que a lei impõe limitações à competência, à forma e à finalidade do ato.

Sobre tais aspectos, a discricionariedade implica liberdade de atuação nos limites traçados pela lei, mas se a Administração ultrapassa esses limites, sua decisão passa a ser arbitrária, isto é, contrária à lei. Opera-se, por conseguinte, a teoria do desvio de poder, quando a autoridade atinge fim diferente daquele que a lei fixou. E, como consequência, o Poder Judiciário fica autorizado a decretar a nulidade do ato (DI PIETRO, 2014).

Desse modo, o Prefeito Municipal somente pode atuar em conformidade com a norma jurídica. Já as nomeações de familiares injustificadas, pautadas apenas nos interesses privados, consistem em ilegalidades, insanáveis por meio de convalidação, retificação ou ratificação, devendo ser reputadas nulas de pleno direito.

É nesse sentido o entendimento atual esposado pelo Supremo Tribunal Federal, extraído da Reclamação n.º 12.478 DF de relatoria do Ministro Joaquim Barbosa, em 03 de novembro de 2011:

[...] é que não há, em passagem alguma das informações prestadas pelo município, qualquer justificativa de natureza profissional, curricular ou técnica para a nomeação do parente ao cargo de secretário municipal de educação. Tudo indica, portanto, que a nomeação impugnada não recaiu sobre reconhecido profissional da área da educação que, por acaso, era parente do prefeito, mas, pelo contrário, incidiu sobre parente do prefeito que, por essa exclusiva razão, foi escolhido para integrar o secretariado municipal. Ante o exposto, defiro a cautelar pleiteada pelo reclamante para determinar o afastamento de [...] do cargo de secretário estadual de educação do município de Queimados, até o julgamento final da presente reclamação (BRASIL, 2011).

Em circunstâncias como essa, verifica-se nitidamente a configuração de nepotismo, cujas vantagens facilmente adquiridas quebram a energia das vontades, adormecem a iniciativa e habitam o favorecido à inércia improdutiva. Ademais, do esmorecimento das energias sai o parasitismo, agarrado com suas ventosas e colchetes, para sobreviver à famigerada rede protetora da apadrinhagem, consumindo o tempo a mendigar ou a articular novas e mais ricas vantagens com seus tentáculos cobiçosos, molemente recostado nas facilidades do familismo (RODRIGUES, 2012).

Desse modo, em face da flagrante violação aos princípios da Administração Pública, a nomeação de familiar para o secretariado, pelo chefe do Poder Executivo Municipal, sem o mínimo critério técnico, deve ser anulada de ofício pela própria autoridade nomeante, tendo em vista a autotutela da Administração Pública e a força normativa dos princípios.

Nada obstante, caso não haja a anulação do ato de nomeação pelo próprio alcaide, o Judiciário pode apreciar a questão e invalidar o ato, de plano, ao verificar que o administrador ultrapassou os limites da discricionariedade e invadiu o campo da legalidade.

6 O atual posicionamento do pretório excelso

Recentemente, o Supremo Tribunal Federal vem mitigando o entendimento acerca da livre nomeação de familiares para cargos políticos pelos chefes do Poder Executivo, conforme se verifica no voto do Ministro Ricardo Lewandowski, relator da Reclamação n.º 14.549, em 02 de outubro de 2012:

[...] a decisão reclamada está em aparente confronto com a matriz jurisprudencial firmada pelo Plenário desta Corte, que, ao apreciar a Rcl 6.650-MC-AgR/PR, Rel. Min. Ellen Gracie, ratificou o entendimento que havia sido anteriormente sinalizado no julgamento de mérito do RE 579.951/RN, de minha relatoria, no sentido de que os cargos de natureza eminentemente política não se submetem, a princípio, às hipóteses expressamente elencadas na Súmula Vinculante 13. [...] Consigno, contudo, que, no julgamento plenário desses dois arestos já referidos, ficou ressaltado que aquelas decisões referiam-se aos casos concretamente analisados e que a investigação das situações de nepotismo, mesmo na hipótese de cargos políticos, deveria ser realizada caso a caso (BRASIL, 2012).

No mesmo sentido, destacou o Ministro Joaquim Barbosa na Decisão Monocrática na Reclamação n.º 14.497 MC: “a Corte assentou, ainda, que aqueles julgamentos não deveriam ser considerados como precedentes específicos, pois a abordagem do nepotismo deve ser realizada caso a caso” (BRASIL, 2012).

Desse modo, a relativização da possibilidade de nomear familiares para o secretariado pelo chefe do Poder Executivo Municipal, evidenciada pela Suprema Corte, prestigia os valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, com vistas à realização do bem comum, não permitindo que o administrador, segundo a republicana metáfora, “faça cortesia com o chapéu alheio”.

7 Conclusão

Após a análise dos principais tópicos relacionados ao tema, conclui-se que a possibilidade de nomeação de familiares para cargos de secretários municipais pelo chefe do Poder Executivo Municipal deve ser verificada caso a caso.

Desse modo, se tais nomeações forem pautadas, sobretudo, na qualificação profissional, curricular ou técnica do interessado, de modo a não ensejar desvio de finalidade ou mesmo abuso do poder discricionário pelo Prefeito Municipal, não há a caracterização da prática de nepotismo na Administração Pública. Nesses casos, a nomeação será lícita, podendo ser traduzida numa autêntica prática de ato administrativo discricionário.

Por outro lado, caso haja a nomeação sem a devida qualificação profissional, curricular ou técnica do familiar, pautada exclusivamente nos laços fraternos, pode haver sim a caracterização do nepotismo, segundo recentes decisões pretorianas com base na Súmula Vinculante n.º 13. Nessa hipótese, vislumbra-se a nítida afronta aos princípios da supremacia do interesse público sobre o privado, da indisponibilidade do

interesse público, da moralidade, da igualdade, da impessoalidade, da eficiência e da legalidade. Nessa sorte, em face do desvio de poder e da flagrante violação aos mandamentos axiológicos da Administração Pública, tal nomeação deve ser anulada de ofício pelo próprio chefe do Poder Executivo Municipal ou pelo Poder Judiciário.

Diante do exposto, é imprescindível que haja a devida conscientização, por parte de todos os setores da Administração Pública de que, ao administrar, o Prefeito Municipal torna-se gestor de coisa alheia, não senhor de coisa própria. Deve, portanto, analisar com muito critério a conveniência e a oportunidade de seu ato administrativo, para que a nomeação se dê para o bem comum e que seja preservado o direito fundamental ao governo honesto.

Referências

ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. *Dicionário jurídico acquaviva*. 3. ed. São Paulo: Rideel, 2009.

AGRA, Walber de Moura. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

ALESSI, Renato. *Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano*. Milano: Giuffrè, 1953.

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito Administrativo descomplicado*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ANTONIO, Alice Barroso de. O nepotismo sob a ótica da Súmula Vinculante nº 13 do STF: críticas e proposições. *Revista Brasileira de Direito Municipal – RBDM*, Belo Horizonte, ano 10, n. 31, p. -, jan./mar. 2009.

AURELIANO, Larissa Luciana Aparecida França. A interpretação da súmula vinculante 13 do STF, a vedação ao nepotismo e os efeitos jurídicos das nomeações em órgãos públicos. In: CASTRO, Dayse Starling Lima (Coord.) *Direito Público*. Belo Horizonte: Instituto de Educação Continuada, 2012.

BELLOW, Adam. *Em louvor do nepotismo: uma história natural*. São Paulo: A Girafa Editora, 2006.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça - REsp: 79761 DF 1995/0059967-8, Rel. Min. Anselmo Santiago, Data de Julgamento: 29 abr. 1997, T6 - Sexta Turma, Data de Publicação: *Diário de Justiça*, Brasília, 09 jun. 1997.

_____. Supremo Tribunal Federal. AgRg na MC na Reclamação 6650-9 PR. Rel. Min. Ellen Gracie. *Diário de Justiça*, Brasília, 20 nov. 2008.

_____. Supremo Tribunal Federal. – MC ADC 12-6 DF, Rel. Min. Carlos Ayres de Britto, *Diário de Justiça*. Brasília, 01 set. 2006.

_____. Supremo Tribunal Federal. MS 27141 MC/DF. Rel. Min. Celso de Mello. Data do julgamento: 22 fev. 2008. In: *DJe*: 27 fev. 2008.

_____. Supremo Tribunal Federal. - Reclamação 12.478 DF, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Data de Julgamento: 03 nov. 2011. Data de Publicação: *DJe*-212 Divulg 07 nov. 2011 Public 08 nov. 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal - Reclamação 14.549 MC DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski - Decisão Monocrática. Data de Publicação: *DJe*. 02 out. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal - Reclamação 14.497 MC DF, Rel. Min. Joaquim Barbosa - Decisão Monocrática. Data de Publicação: *DJe*. 19 out. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 579.951 RN. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. *Diário de Justiça*. Brasília, 13 set. 2008.

_____. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante 13, de 13 de set de 2008. *Diário de Justiça*. Brasília, 29 ago. 2008.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DINIZ, Maria Helena. *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro interpretada*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Improbidade administrativa e crimes de prefeitos*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. Súmula Vinculante e a Lei nº 11.417, de 2006: apontamentos para compreensão do tema. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*. Belo Horizonte, ano 5, n. 16, p. 111-123, jan./mar. 2007.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 137.

_____. O nepotismo. *JAM Jurídica*. Salvador, ano 11, n. 4, p. 1-9, abr. 2006.

HAURIUO, Maurice. *Précis Élémentaires de Droit Administratif*. Paris, 1926.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. Tradução de Leopoldo Holzbach, São Paulo: Martin Claret, 2004.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquemático*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Proibição administrativa*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A Defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 20. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 32 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional Administrativo*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Curso Prático de Direito Administrativo*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

NOTÍCIAS STF. *Súmula vinculante sobre nepotismo deve ser editada nesta quinta-feira (21) Quarta-feira, 20 de agosto de 2008*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=94714>>. Acesso em: 26 out. 2014.

PAZZAGLINI FILHO, Mário. *Improbidade Administrativa*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

PLATES, José Rubens. Direito fundamental ao governo honesto. *Boletim Científico ESMPU*, Brasília, a. 10 – n. 36, p. 79-100 – Edição Especial 2011.

RIVERO, Jean. *Direito Administrativo*. Coimbra: Almedina, 1981.

ROCHA, Zélio Maia da. Nepotismo e concurso público — Critério objetivo de ausência de moralidade e impessoalidade na administração pública. *Âmbito Jurídico*. Rio Grande, n. 61, 1 fev. 2009. Disponível em: <www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5427>. Acesso em: 16 out. 2014.

RODRIGUES, João Gaspar. Nepotismo no serviço público brasileiro e a SV 13. *RDA – Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, 2012.

SARMENTO, Daniel. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria. In: SAMPAIO, J.A.L. *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

VASCONCELOS, Telmo da Silva. O princípio constitucional da moralidade e o nepotismo. *L&C Revista de Direito e Administração Pública*. Brasília, ano 5, n. 50, p. 27-30, ago. 2002.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremo Tribunal Federal. Jurisprudência Política*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

Usucapião administrativa: novo instrumento de desjudicialização, regularização fundiária e reconhecimento da função social à posse

Administrative adverse possession: new instrument of lessening the jurisdiction of court, land regularization and recognition of the social function of possession

Weberson Daniel Silva

Graduando em Direito pelo Centro Universitário de Patos de Minas (UNIPAM)
E-mail: weberson.silva@hotmail.com

Itamar José Fernandes

Professor orientador (UNIPAM)
E-mail: itamarjfernandes@gmail.com

Resumo: Este trabalho tem como objetivo analisar os principais aspectos da “usucapião administrativa” - inserida no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei 11.977/2009 - com enfoque na função social da posse e da propriedade. Além disso, será enfrentada a problemática dos institutos da demarcação e da legitimação de posse, como forma de regularização fundiária de assentamentos localizados em áreas urbanas, bem como a aplicação da usucapião a bens públicos. Para isso, delinea-se o presente trabalho em pesquisa realizada pelo método dedutivo bibliográfico, utilizando, como fontes de pesquisa, sites, livros, artigos de revista, doutrina vigente, julgados e entendimentos jurisprudenciais.

Palavras-chave: Usucapião administrativa. Função social da posse. Imprescritibilidade de bens públicos.

Abstract: This work aims to analyze the main aspects of “administrative adverse possession” - inserted into the Brazilian legal system by Law 11,977 / 2009 - focusing on the social function of possession and property. Furthermore, the problem of demarcation and possession legitimation institutes will also be faced, in order to land regularization of settlements located in urban areas, and the application of adverse possession to public goods. For this purpose, a bibliographic deductive method was conducted, and research sites supplies, books, magazine articles, current doctrine, judged and jurisprudential understanding.

Keywords: Administrative Adverse Possession. Social Function of Possession. Imprescriptibility of Public Goods.

1 Introdução

Atualmente, segundo o IPEA (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada), o Brasil tem um déficit habitacional superior a cinco milhões de moradias. Atento a essa realidade, o governo Federal criou o Programa Minha Casa Minha Vida, instituído pela Lei 11.977/09. Esse programa, amplamente divulgado, tem a finalidade de diminuir o déficit habitacional brasileiro por meio de mecanismos de fomento à produção e

aquisição de novas moradias, bem como a requalificação de imóveis urbanos e produção ou reforma de habitações rurais para famílias de baixa renda.

Contudo, a Lei 11.977/09 não se limitou à criação do Programa Minha Casa Minha Vida. Seguindo uma tendência de desjudicialização na composição de interesses - tais como, a Lei nº 10.931 de 10 de agosto de 2004 que, além de outros assuntos, regula o processo extrajudicial de retificação imobiliária, a Lei nº 11.101 de 9 de fevereiro de 2005 que estabelece procedimento de recuperação extrajudicial, a Lei nº 11.441 de 4 de janeiro de 2007 que possibilitou a realização de inventário, partilha, separação consensual e divórcio consensual por via administrativa -, o legislador também criou um mecanismo extrajudicial de regularização fundiária de assentamentos urbanos irregulares ocupados por população de baixa renda. A novel legislação introduziu em nosso ordenamento jurídico a figura da “usucapião administrativa”. Esse instituto possibilita o reconhecimento da prescrição aquisitiva em favor do possuidor que se beneficia do imóvel como *animus domini* sem interferência do poder Judiciário, sendo, por isso, um meio mais célere do que a usucapião judicial.

A usucapião administrativa se perfectibiliza por meio de um procedimento composto de vários atos praticados principalmente pelo poder público e pelo Oficial do Cartório de Registro de Imóveis. O procedimento da usucapião administrativa se inicia com averbação do Auto de Demarcação Urbanística; posteriormente elabora-se o projeto de Regularização Fundiária, que culminará no registro da Legitimação de Posse. Findas as etapas de regularização, proceder-se-á o registro da conversão da Legitimação de Posse em Propriedade. Com a realização desse último ato, aquele que antes era mero possuidor passa a ser proprietário. Partindo dessa contextualização, o presente trabalho tem como objetivo analisar esse procedimento sob a ótica da função social da posse.

Constitui, ainda, objetivo deste trabalho propiciar uma reflexão a respeito da imprescritibilidade dos bens públicos *versus* o direito fundamental à moradia e o princípio da função social da propriedade, seja ela pública ou privada.

2 Evolução histórica dos direitos fundamentais

Os direitos fundamentais foram consolidados ao longo da história para atender às necessidades de uma sociedade em constante evolução. A doutrina denomina esse fenômeno de evolução dos direitos fundamentais. Hodiernamente, Mendes e Branco (2011, p. 155) sustentam a existência de três gerações ou dimensões dessa categoria de direitos.

Os direitos fundamentais de primeira geração, direitos de liberdade, surgiram por volta do século XVII com a Revolução Francesa. Esses direitos, essencialmente individuais, exigiram do Estado, até então absolutista, uma postura de abstenção, vedando qualquer ingerência estatal na esfera individual. Criou-se, então, a figura do estado mínimo, consagrando-se as liberdades individuais – direitos civis e políticos. Mendes e Branco (2011, p. 155) ponderam que “são direitos em que não desponta a preocupação com desigualdades sociais”.

O descaso com as questões sociais somado ao crescimento demográfico das cidades, ocasionado pela Revolução Industrial do século XIX, culminou em uma

situação de desigualdade social extrema. Surgiu, então, a necessidade de um Estado atuante na defesa dos direitos sociais. Nesse contexto, se consolidaram os direitos fundamentais de segunda geração, que traduzem um ideal de igualdade com caráter essencialmente social. Aqui se inserem direitos fundamentais como o direito à moradia, à saúde e à educação.

Embora o direito de propriedade tenha sido contemplado na primeira geração de direitos fundamentais, possui um viés social, vez que viabiliza o direito fundamental à moradia. Nesse sentido, disserta Andreatza:

note-se que a propriedade, apesar de originalmente ser um direito fundamental de 1ª dimensão também tem um viés social. Ora: é através da garantia do direito de propriedade imobiliária que se pode concretizar um dos direitos sociais inseridos no rol do caput do art. 6º da Constituição: o direito à Moradia. (2012, [s.p])

Posteriormente, após a II Guerra Mundial, surgiram os direitos fundamentais de terceira geração, tidos como direitos de solidariedade ou fraternidade. Essa nova geração reconheceu direitos difusos e coletivos, como o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e a probidade administrativa.

Lenza (2011, p. 862) ainda menciona a existência de uma quarta e quinta geração de direitos fundamentais, contudo esse entendimento ainda não se firmou na doutrina.

Portanto, devemos aguardar o amadurecimento desses “novos direitos fundamentais” e uma definição clara da doutrina.

3 A função social da posse e da propriedade

O direito, por muitos anos, se filiou à teoria estruturalista de Kelsen, na qual se buscava conhecer tão somente o que é o direito. Porém, com a passagem do Estado liberal para o Estado social, Norberto Bobbio observou que a teoria kelsiana já não correspondia a essa nova realidade. Bobbio se dedicou ao estudo das funções do direito, vindo a desenvolver a “teoria funcionalista do direito”.

Bobbio, no prefácio da obra “Da Estrutura à Função: Novos Estudos de Teoria do Direito”, aponta a “função promocional do direito e as sanções positivas” como essenciais para a adequação da teoria geral do direito à nova realidade do estado social. Segundo o mesmo autor, houve a “passagem do Estado ‘garantista’ para o Estado ‘dirigista’” (2007, p. XII).

A função promocional do direito se traduz em um estímulo do direito à prática de atos tidos como desejáveis. Assim, dispõe Bobbio:

entendo por “função promocional” a ação que o direito desenvolve pelo instrumento das “sanções positivas”, isto é, por mecanismos genericamente compreendidos pelo nome de “incentivos”, os quais visam não a impedir atos socialmente indesejáveis, fim precípua das penas, multas, indenizações, reparações, restituições, ressarcimentos, etc., mas, sim, a “promover” a realização de atos socialmente desejáveis. (2007, p. XII)

A redução dos prazos para usucapião fundada na posse-trabalho é um exemplo claro de função promocional do direito e sanções punitivas em nosso ordenamento jurídico. A Constituição determina que a propriedade cumprirá função social e, com isso, o direito criou mecanismos para beneficiar o possuidor que emprega função social à propriedade.

A esse respeito, Fachin (2003, p. 369) assevera que “a Constituição Federal de 1988 migrou para uma concepção em que se privilegia a pessoa concretamente considerada”. O autor (2003, p. 369) observa que houve uma “inversão do alvo de preocupações do ordenamento jurídico fazendo que o direito tenha como fim último a proteção da pessoa humana” e, diante desse contexto, se revela uma nova perspectiva constitucional do direito civil contemporâneo, na qual não basta ao intérprete conhecer a estrutura do direito positivado, sendo necessário investigar sua função.

Aqui surge a necessidade de se abordar a função social do direito de posse e a função social do direito de propriedade como meios de proteção da pessoa humana.

Como é sabido, a posse sobre bens imóveis é um fato social com significativa contribuição na construção de uma sociedade mais justa, na erradicação da pobreza e na redução das desigualdades sociais. É um meio de concretização do direito fundamental à moradia e à efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana, ao proporcionar ao possuidor e à sua família um local para realização de suas necessidades básicas. Destarte, a posse transcende o caráter patrimonial e alcança o seu fim social com o desenvolvimento da personalidade humana e proteção da entidade familiar, a qual é base da sociedade e recebe proteção constitucional. Portanto, a posse, indubitavelmente, cumpre uma função social.

A usucapião administrativa, instituída pela Lei 11.977/09, reafirmou a importância da posse funcionalizada, criando mecanismos mais céleres aptos a reconhecer a aquisição originária da propriedade ao possuidor que dá destinação social ao bem.

Vale mencionar, contudo, que essa valorização da função social da posse permeia nosso ordenamento jurídico desde os tempos do império. A Lei de Terras de D. Pedro II, lei 601 de 1850, já conferia legitimidade à posse voltada ao cultivo e a moradia.

Noutro giro, pode-se dizer que a função social da posse é bivalente, pois demonstra um viés sancionador, punindo o proprietário que se mostra alheio à finalidade da propriedade, não cumprindo seu papel para com a sociedade, e outro protecionista, o qual concede proteção ao possuidor que utiliza o bem conforme sua natureza e função. Ao corroborarem esse entendimento, Farias e Rosenvald dizem que,

resumindo, função social da posse é uma abordagem diferenciada da função social da propriedade, na qual não apenas sanciona a conduta ilegítima de um proprietário que não é solidário perante a coletividade, mas se estimula o direito à moradia como direito fundamental de índole existencial, à luz do princípio da dignidade da pessoa humana. (2012, p. 78)

Por sua vez, a propriedade também atenderá à função social. O Código Civil determina que o exercício do direito de propriedade deve atender suas finalidades

econômicas e sociais, vedando, expressamente, atos que não tragam benefício ao proprietário, mas tão somente prejuízo a outrem. Portanto, o princípio da função social da propriedade impõe ao proprietário uma conduta social no exercício de seu direito. Caso o proprietário negligencie tal mandamento, poderá ser privado de sua propriedade em favor daquele que exerce posse com função social.

Na exposição de motivos do Código Civil, ao comentar o instituto da desapropriação judicial privada, Reale ressaltou os reflexos da função social sobre a propriedade e sobre a “posse-trabalho”, ao dizer que se trata,

como se vê, de inovação do mais alto alcance, inspirada no sentido social do direito de propriedade, implicando não só novo conceito desta, mas também novo conceito de posse, que se poderia qualificar como sendo de posse-trabalho, expressão pela primeira vez por mim empregada, em 1943, em parecer sobre projeto de decreto-lei relativo às terras devolutas do Estado de São Paulo, quando membro de seu “Conselho Administrativo”. Na realidade, a lei deve outorgar especial proteção à posse que se traduz em trabalho criador, quer este se corporifique na construção de uma residência, quer se concretize em investimentos de caráter produtivo ou cultural. Não há como situar no mesmo plano a posse, como simples poder manifestado sobre uma coisa, “como se” fora atividade do proprietário, com a “posse qualificada”, enriquecida pelos valores do trabalho. (1975, p. 28)

Assim, diante do conflito de interesses entre possuidor e proprietário, deve prevalecer aquele que emprega função social ao bem.

4 Usucapião administrativa e regularização fundiária

Consoante à Lei 11.977/09, a regularização fundiária consiste no conjunto de medidas jurídicas, urbanísticas, ambientais e sociais que visam à regularização de assentamentos irregulares e à titulação de seus ocupantes, de modo a garantir o direito social à moradia, o pleno desenvolvimento das funções sociais da propriedade urbana e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Com efeito, a usucapião administrativa proporciona um avanço na regularização fundiária de assentamentos urbanos irregulares mediante procedimento extrajudicial, pois é um meio mais simplificado e célere. Importante mencionar que a Lei 11.977/09 distingue a regularização fundiária de interesse social da regularização fundiária de interesse específico. Nesse trabalho, será abordada a regularização de interesse social.

A regularização fundiária de interesse social tem como objetos assentamentos urbanos irregulares ocupados, predominantemente, por população de baixa renda, pouco importando se o terreno é de propriedade privada ou pública, desde que presentes os requisitos legais (art. 47, VII, da Lei 11.977/09), a saber: a área deverá estar ocupada de forma mansa e pacífica há pelo menos cinco anos, exceto quando se tratar de Zona Especial de Interesse Social (ZEIS), a qual será instituída pelo Plano Diretor, definida por outra lei municipal ou estar em áreas da União, dos Estados, do Distrito

Federal e dos Municípios declaradas de interesse para implantação de projetos de regularização fundiária de interesse social.

O requisito temporal de admissibilidade deverá ser aferido anteriormente à demarcação urbanística e ao registro de legitimação da posse. Porém, esse lapso temporal não se confunde com o período de cinco anos exigido entre o registro de legitimação da posse e sua conversão em propriedade.

Nesse sentido, Lopes discorre:

ora, de acordo com o art. 47, inciso VII, alínea “a”, da Lei 11.977/2009, a RFIS abrange os assentamentos irregulares ocupados, predominantemente, por população de baixa renda, nos casos em que a área esteja ocupada, de forma mansa e pacífica, há, pelo menos, 5 (cinco) anos, salvo quando se tratar de Zonas Especiais de Interesse Social (ZEIS), por estar sujeita a regras específicas de parcelamento, uso e ocupação do solo. Portanto, o requisito temporal de cinco anos de ocupação mansa e pacífica é previamente aferido como condição para a RFIS, anterior à demarcação urbanística e à legitimação de posse. Conseqüentemente, no momento de conversão do título de legitimação em registro de propriedade este requisito temporal já se presume cumprido, devendo também ser observado o transcurso de cinco anos contados do registro do título de legitimação de posse. (2012, [s.p])

A novel legislação concede legitimação para promover a regularização fundiária, mediante o procedimento da usucapião administrativa, à União, aos Estados, ao Distrito Federal, ao Município, bem como aos beneficiários, seja de forma individual ou coletiva.

Farias e Rosenvald destacam que, embora um único beneficiário possa dar início ao processo, ela deverá visar uma situação geral, “não podendo postular por uma regularização singular”. (2012, p. 452). Também estão legitimadas as cooperativas habitacionais, as associações de moradores, as fundações, as organizações sociais, as organizações da sociedade civil de interesse público ou outras associações civis que tenham por finalidade atividades nas áreas de desenvolvimento urbano ou regularização fundiária.

Com maestria, Andreazza dispara que

fica evidente, pois, que a atuação do Legislador teve como desiderato a regularização de áreas ocupadas por famílias de baixa renda, tendo como norte a função social da propriedade e da posse. Em outras palavras, o Estado está preocupado em fornecer titulação aos possuidores de bens imóveis em áreas de ocupação irregular como ocorre nas favelas brasileiras. (2012, [s.p])

De fato, por se tratar de população de baixa renda, que por vezes não dispõe de meios ou do conhecimento para promover tal regularização, o legislador ampliou o rol de legitimados a promovê-la.

5 Requisitos e procedimento da usucapião administrativa

A usucapião administrativa é um procedimento composto de vários atos, no qual o Poder Público desempenha funções essenciais à viabilização do procedimento.

A primeira etapa da usucapião administrativa é a confecção e averbação do Auto de Demarcação Urbanística no Registro de Imóveis. A Demarcação Urbanística é um procedimento administrativo realizado pelo poder público, por meio do qual se individualiza a área objeto da regularização fundiária, definindo seus limites, localização e confrontantes. Esse procedimento visa identificar os ocupantes, futuros beneficiários, e qualificar a natureza e o tempo das respectivas posses.

O Auto de Demarcação, consoante prevê o art. 56 da Lei 11.977/09, deverá ser instruído com a planta e memorial descritivo da área a ser regularizada, a planta de sobreposição do imóvel demarcado com a situação da área constante do registro de imóveis e com a certidão da matrícula ou transcrição da área a ser regularizada, emitida pelo registro de imóveis, ou, diante de sua inexistência, das circunscrições imobiliárias anteriormente competentes.

Sendo verificado que se trata de área pública, confrontante com área pública ou área sem identificação dos proprietários, o poder público responsável pelo Auto de Demarcação deverá, obrigatoriamente, notificar aos órgãos responsáveis pela administração patrimonial dos demais entes federados para se manifestar acerca do procedimento no prazo de 30 dias. Decorrido tal prazo sem manifestação, o poder público encaminhará o auto de demarcação urbanística ao registro de imóveis para prosseguimento.

De posse do auto de demarcação, o Oficial do Registro deverá identificar o proprietário da área a ser regularizada e as matrículas ou transcrições que a tenham por objeto. Uma vez identificados proprietário e confrontantes, estes serão notificados pelo oficial do Registro de Imóveis para que possam apresentar impugnação à averbação do Auto de Demarcação Urbanística no prazo de 15 dias (não sendo encontrados, serão notificados por edital). Decorrido o lapso temporal sem impugnação, proceder-se-á a averbação do Auto de Demarcação na matrícula do imóvel. Por outro lado, caso haja impugnação, o oficial do Registro de Imóveis notificará ao poder público para manifestar-se no prazo de 60 dias, consoante art. 57 da citada lei.

O poder público responsável pelo auto de demarcação poderá propor modificações colimando afastar a oposição do proprietário ou confrontantes. Persistindo a oposição, o oficial do Registro de Imóveis deverá promover tentativa de acordo entre o poder público e o impugnante, contudo não está legitimado a proferir qualquer tipo de decisão. Araújo (2013, p. 389) salienta que “nada impede que o registrador faça a intimação das partes para uma audiência de composição junto ao Cartório de Registro de Imóveis da localidade”.

Embora a lei e a doutrina sejam silentes quanto ao conteúdo do acordo, em analogia ao instituto da desapropriação privada, consubstanciado nos §§ 4º e 5º do art. 1.228 do Código Civil, parece perfeitamente possível que o poder público pague justa indenização (o que não se confunde com preço de mercado) ao proprietário, afastando-se, assim, sua oposição. Porém, esse pagamento seria impossível se verificados os requisitos para qualquer uma das modalidades de usucapião judicial, pois, nesse caso, já teria ocorrido a prescrição aquisitiva. Restando-se infrutífero tal acordo, a

demarcação será encerrada, contudo os interessados poderão recorrer à via judicial. Sendo a impugnação parcial, o procedimento terá prosseguimento em relação à área incontroversa, com averbação do auto de demarcação correspondente.

Não há que se falar em inconstitucionalidade de tal instituto, pois, como demonstrado, não se trata de uma transferência de bens coercitiva, vez que a lei exige notificação do proprietário para que, querendo, apresente impugnação. Além disso, caso o proprietário se mantenha inerte quando da notificação, ainda terá cinco anos para reivindicar propriedade após registro da legitimação da posse. A esse respeito, Farias e Rosenvald ponderam que

a usucapião representa uma forma de reconhecimento de perecimento do direito de propriedade pela inércia ou descaso de seu titular, por exigir que o proprietário seja notificado, pessoal ou fictamente, quando da averbação do auto de demarcação, podendo promover impugnação. Ademais, dispõe de cinco anos, contados do registro da legitimação da posse, para reclamar ou reivindicar sua propriedade. O diploma em comento representa um auspicioso passo no sentido da desburocratização do setor urbanístico, podendo impulsionar o destravamento dos processos e procedimentos necessários para a regularização das cidades. Ademais, não se divisa inconstitucionalidade no texto Lei 11.977/09, pois esta não estabelece qualquer forma coercitiva de transferência patrimonial, na medida em que preserva o percurso judicial sempre que houver disputa entre possuidores e proprietários. (2012, p. 451)

Observa-se que a averbação do Auto de Demarcação é de suma importância para o tráfego jurídico, pois dá publicidade de que a área encontra-se em processo de regularização fundiária, não podendo ninguém alegar que não tinha conhecimento de tal fato, caso a área venha ser objeto de negócio jurídico. Nesse sentido, afirma Andreazza que,

após a averbação do auto de demarcação urbanística, um dos efeitos registrares passa a surtir efeito na medida em que o ato será oponível erga omnes. Na prática, ninguém pode negar conhecimento do fato público de que aquela determinada área será inserida em projeto de regularização fundiária. (2012, [s.p])

Uma vez promovida a averbação do Auto de Demarcação urbanística, o poder público estará apto a elaborar o Projeto de Regularização Fundiária, devendo, em seguida, registrar o parcelamento dele decorrente. O projeto individualizará as áreas ou lotes destinados aos beneficiários, as vias públicas de circulação e outras áreas destinadas ao uso público. Também deverá definir as edificações que necessitem ser realocadas em razão da implementação do projeto, sendo que, aos ocupantes a serem realocados, não será concedida legitimação da posse, mas lhes será assegurado o direito à moradia pelo poder público. A necessidade de realocação pode surgir, porque, na maioria das vezes, os assentamentos se desenvolvem de forma desordenada, podendo, por exemplo, inviabilizar a implantação de vias públicas.

O projeto de regularização ainda definirá as medidas necessárias para a promoção da sustentabilidade urbanística, social e ambiental da área ocupada,

incluindo as compensações urbanísticas e ambientais previstas em lei, as condições para promover a segurança da população que se encontre em terrenos considerados de risco e as medidas para a adequação da infraestrutura básica.

Como se sabe, o constituinte originário delegou ao Poder Público Municipal a responsabilidade de executar políticas de desenvolvimento urbano que viabilizem o desenvolvimento das funções sociais da cidade e que garantam o bem-estar de seus habitantes. Essa determinação constitucional é bastante coerente, haja vista que, em um país com dimensões continentais como o Brasil, cada município tem suas peculiaridades e necessidades especiais. E estando o município mais próximo dessa realidade tem mais capacidade para a elaboração e execução de políticas sociais condizentes com cada município.

Seguindo essa trilha, o legislador infraconstitucional submeteu ao crivo do Município a análise e aprovação do projeto de regularização de interesse social, que corresponde ao licenciamento urbanístico e ambiental.

Com efeito, em razão do caráter social de tal instituto, as determinações legais devem ser interpretadas com uma dose de flexibilização, mitigando-se a exigências urbanísticas e ambientais. Andou bem o legislador ao determinar que o registro do parcelamento decorrente de projeto de regularização fundiária de interesse social independe do atendimento aos requisitos constantes da Lei 6.766/79, a qual regulamenta o Parcelamento do Solo Urbano. Com a sensatez que lhes é peculiar, Farias e Rosendal dissertam efetivamente que,

por se tratar de regularização fundiária, que tem como propósito primeiro fazer superar dificuldades da população de baixa renda, não há como se cobrar maior rigor na confecção do projeto ou atendimento das exigências. Portanto, as disposições legais devem ser pensadas e lidas com uma carga de flexibilização, própria do sentido da 'função social da propriedade', relativizando o cumprimento das posturas urbanísticas e prescrições ambientais, em atenção ao propósito da regularização que é o de obter a melhoria ou aprimoramento dos núcleos habitacionais consolidados. As exigências devem levar em conta os padrões ditados pela razoabilidade, observando, em primeiro lugar, a situação de fato e peculiaridades próprias e intrínsecas de cada região. Esta franquia, conferida ao Município, guarda a lógica do Plano Diretor, pois é lei local que deve prever a forma de crescimento das cidades em atenção às condições de fato. No caso de regularização, será igualmente o Município que poderá reduzir as exigências urbanísticas e ambientais em atenção às peculiaridades verificadas. A viabilidade da regularização depende apenas da constatação de que a urbanização, ou a simples titulação, poderão alavancar melhorias para a população. (2012, p. 453).

Destarte, uma vez aprovado o Projeto de Regularização Fundiária, será requerido ao oficial do RGI o registro do parcelamento. O requerimento será instruído com certidão atualizada da matrícula do imóvel objeto da regularização, o projeto de regularização fundiária aprovado pelo Município e, se for o caso, com o instrumento de instituição e convenção de condomínio. Em se tratando de procedimento instaurado por qualquer uma das Pessoas Jurídicas legitimadas a promover a regularização elencada no inciso II do art. 50 da Lei 11.977/09, deverá acompanhar o pedido a

certidão atualizada de seus atos constitutivos que demonstrem sua legitimidade para promover a regularização fundiária.

O registro do parcelamento implicará na abertura de matrícula para toda a área sob regularização, se não existir, para cada uma das unidades, extremando umas das outras, bem como para as áreas destinadas ao uso público. Na matrícula referente a áreas públicas, deverá ser averbada sua destinação e eventuais restrições.

Concluído o registro do parcelamento decorrente do projeto de regularização fundiária, o poder público concederá o título de legitimação da posse aos ocupantes cadastrados. O título será registrado na matrícula do imóvel, sendo que a lei determina que seja o título concedido preferencialmente à mulher. Ressalta-se que a lei estabelece alguns pressupostos negativos para a concessão do título de legitimação de posse, quais sejam: não ser concessionário, foreiro ou proprietário de outro imóvel urbano ou rural e não ser beneficiários de legitimação de posse concedida anteriormente.

Andreazza (2012, [s.p]) conceitua a legitimação de posse como “reconhecimento jurídico (titulação) de uma situação de fato (posse). É o Estado reconhecendo direitos que nascem da dinâmica social, buscando inserir na seara dos direitos reais a população menos favorecida economicamente”.

Decorridos cinco anos da concessão do título de legitimação de posse, o detentor do título poderá requerer ao oficial do Cartório de Registro de Imóveis a sua conversão em propriedade, por tê-la adquirido mediante usucapião nos termos art. 183 da Constituição Federal. O beneficiário, no momento do requerimento da conversão, deverá apresentar certidões do cartório distribuidor, demonstrando a inexistência de ações em andamento que versem sobre a posse ou a propriedade do imóvel, declaração de que não possui outro imóvel urbano ou rural, declaração de que o imóvel é utilizado para a sua moradia ou a de sua família e declaração de que não teve reconhecido anteriormente o direito à usucapião de imóveis em áreas urbanas.

Note-se que a lei, no art. 60, condiciona a aquisição da propriedade ao preenchimento dos requisitos estabelecidos no art. 183 da Constituição Federal, assim, além dos requisitos supracitados, a área individualizada não pode ser superior a 250m². Contudo, a Lei 12.424/11, que operou modificações na Lei 11.977/09, introduziu a possibilidade da conversão da legitimação da posse em propriedade de área seja superior a 250m², desde que observado o lapso temporal estabelecido na legislação pertinente a usucapião.

Araújo (2013) tece severas críticas à inovação trazida pela Lei 12.424/11, pois, havendo a necessidade de recorrer à legislação pertinente, o Registrador terá que realizar juízo de valor de conceitos genéricos, papel este reservado ao juiz. Restando, assim, desvirtuada a finalidade da lei. O mesmo autor discorre que

esta inserção nos parece absolutamente indevida, porque está dissonante da *mens legis*. Por meio desta alteração teria sido introduzida a possibilidade de usucapião administrativa em qualquer modalidade, o que nos parece inviável. Afinal estaria sendo permitido que o registrador realize o juízo de integração que somente o magistrado pode fazer sobre conceitos indeterminados alocados no CC, como nos arts. 1.238, parágrafo único, ou 1.242, parágrafo único. Afinal, se a parcela exceder os 250m², quais os critérios para realizar conversão em relação as novas figuras? O

art. 60 exige apenas os requisitos legais da usucapião especial urbana para conversão. Sendo assim, o dispositivo é ilegal para o fim pretendido. (ARAÚJO, 2013, p. 390)

Alerte-se que, se for constatado que o beneficiário não se encontra na posse do imóvel e se não houver registro de cessão de direitos, o título de legitimação da posse será extinto pelo poder público que o emitiu. Em seguida, será averbado no RGI o seu cancelamento, para tanto, o poder público interessado deverá instruir o pedido com documento hábil a demonstrar tal fato.

Por fim, verificando o Registrador em que estão presentes todos os requisitos estabelecidos pela lei, será registrado no RGI a conversão da legitimação de posse em propriedade, conforme previsão na Lei de Registros Públicos. Com esse ato, chega-se ao fim do procedimento da usucapião administrativa, com inquestionável efetivação dos princípios da função social da posse e da função social da propriedade levados a sua última instância. Aquele que outrora era tido como mero “posseiro” passa a ter o direito real de propriedade.

6 Controvérsia quanto à aplicação da usucapião administrativa a bens públicos

Questão tormentosa diz respeito à aplicação da usucapião administrativa a bens públicos, pois, embora a Lei nº 11.977/09 expressamente sustente a aplicação dessa forma de prescrição aquisitiva aos bens públicos, a Constituição Federal, no art. 183, § 3º, rechaça tal possibilidade. O Código Civil de 2002, no art. 102, também recusa a aplicação da usucapião a bens públicos. Obviamente não há que se questionar a supremacia da Carta Magana, contudo devemos, aqui, buscar o entendimento que mais se coadune com o “espírito” da Constituição.

É certo que toda propriedade deve atender ao princípio da função social, inclusive os bens públicos, ante a diretriz do art. 5º, *caput* e inciso XXIII da Constituição Federal. Embora parte da doutrina seja resistente, entendimento diverso seria uma afronta à própria norma constitucional.

Bem se sabe que, para a aplicação de qualquer preceito legal, faz-se necessário um exercício hermenêutico a fim de se alcançar sua real finalidade e alcance dentro do sistema normativo em que está inserido. Mendes e Branco (2011), ao tratarem dos princípios de interpretação da norma constitucional, aduzem a latente necessidade de se valer do princípio da unidade da constituição ao se interpretar a norma constitucional.

O primeiro desses princípios, o da unidade da Constituição, postula que não se considere uma norma da Constituição fora do sistema em que se integra; dessa forma, evitam-se as contradições entre as normas constitucionais. As soluções dos problemas constitucionais devem estar em consonância com as deliberações elementares do constituinte. Vale, aqui, o magistério de Eros Grau, que insiste em que ‘não se interpreta o direito em tiras, aos pedaços’, acrescentando que ‘a interpretação do direito se realiza não como mero exercício de leitura de textos normativos, para o que bastaria ao intérprete a ser alfabetizado’. Esse princípio concita a intérprete a encontrar soluções que harmonizem tensões existentes entre

as várias normas constitucionais, considerando a Constituição como um todo unitário. (MENDES e BRANCO, 2011, p. 106)

A jurisprudência e a doutrina, embora de forma embrionária, sinalizam uma flexibilização de tal dispositivo. O Tribunal de Justiça de Minas Gerais, em decisão recente, confirmou a decisão do juiz da Comarca de Coronel Fabriciano, que havia indeferido o pedido de desocupação de uma área pública ocupada por cerca de 10 famílias a mais de trinta anos, reconhecendo a prescrição aquisitiva na forma de usucapião em favor dos ocupantes. Em seu voto, o Relator Des.(a) Barros Levenhagen da 5ª CÂMARA CÍVEL aduziu:

constata-se ter sido preenchido não só o requisito temporal exigido no Código Civil, como também a qualidade dos apelados de legítimos possuidores a título próprio, da fração do imóvel objeto da presente demanda, sendo mister o reconhecimento de seu direito à aquisição da sua propriedade pela usucapião(...). (Minas Gerais, Tribunal de Justiça, Ap. 1.0194.10.011238-3/001, Relator: Des. Barros Levenhagen, 2014).

Assim dispõe a ementa:

EMENTA: APELAÇÃO CIVIL - AÇÃO REIVINDICATÓRIA - DETENÇÃO - INOCORRÊNCIA - POSSE COM "ANIMUS DOMINI" - COMPROVAÇÃO - REQUISITOS DEMONSTRADOS - PRESCRIÇÃO AQUISITIVA - EVIDÊNCIA - POSSIBILIDADE - EVIDÊNCIA - PRECEDENTES - NEGAR PROVIMENTO. - "A prescrição, modo de adquirir domínio pela posse contínua (isto é, sem intermitências), ininterrupta (isto é, sem que tenha sido interrompida por atos de outrem), pacífica (isto é, não adquirida por violência), pública (isto é, exercida à vista de todos e por todos sabida), e ainda revestida com o animus domini, e com os requisitos legais, transfere e consolida no possuidor a propriedade da coisa, transferência que se opera, suprimindo a prescrição a falta de prova de título preexistente, ou sanando o vício do modo de aquisição". (TJMG - Apelação Cível 1.0194.10.011238-3/001, Relator(a): Des.(a) Barros Levenhagen, 5ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 08/05/2014, publicação da súmula em 15/05/2014). (Minas Gerais, Tribunal de Justiça, Ap. 1.0194.10.011238-3/001, Relator: Des. Barros Levenhagen, 2014).

Merece, aqui, fazer referência a um trecho do parecer emitido pelo Promotor de Justiça Aníbal Tamaoki, curador do Patrimônio Público da Comarca de Coronel Fabriciano, citado em texto publicado por Flávio Tartuce. Assim, declarou Tamaoki que

não se pode permitir num país como o Brasil, em que, infelizmente, milhões de pessoas ainda vivem à margem da sociedade, que o Estado, por desídia ou omissão, possa manter-se proprietário de bens desafetados e sem qualquer perspectiva de utilização para o interesse público, se desobrigando ao cumprimento da função social da propriedade. (*apud* TARTUCE, 2014, [s.p.]).

Nesse sentido, Farias e Rosenvald (2012, p. 404) argumentam que “a absoluta impossibilidade de usucapião sobre bens públicos é equivocada, por ofensa ao valor (constitucionalmente contemplado) da função social da posse e, em última instância ao princípio da proporcionalidade”. Os doutrinadores propõem que os bens públicos devem ser classificados em materialmente públicos, assim entendido aqueles que possuem uma destinação específica – cumprindo, assim, função social -, e formalmente públicos aqueles que não se destinam a qualquer finalidade, apenas se encontram “registrados em nome da pessoa jurídica de Direito Público” (2012, p. 404).

Com sobriedade, defendem a possibilidade da aplicação da usucapião aos bens formalmente públicos em homenagem à função social.

Entrementes, a Constituição Federal não atendeu a esta peculiaridade, olvidando-se de ponderar o direito fundamental difuso à função social com o necessário dimensionamento do bem público, de acordo com sua conformação no caso concreto. Ou seja: se formalmente público, seria possível a usucapião, satisfeitos os demais requisitos; sendo formal e materialmente público, haveria óbice à usucapião. Esta seria a forma mais adequada de tratar matéria, se lembrarmos que enquanto o bem privado “tem” função social, o bem público “é” função social. (FARIAS e ROSENVALD, 2012, p. 404)

Enfatizam, ainda, que a vedação da aplicação da usucapião a um bem não deve se ater à personalidade jurídica de seu titular, e sim à sua afetação e finalidade, *in verbis*:

portanto, é mister divergir da concepção formal adotada pelo Código Civil, para a distinção entre a propriedade pública e a particular. Não é a personalidade jurídica do titular do bem que determinará a sua natureza, mas a afetação de suas finalidades a execução de um serviço público. Vivencia-se uma época em que não se avalia o rótulo, mas a efetividade dos modelos jurídicos. Em outras palavras, se o bem pertencente à União, Estados, Municípios, Autarquias e Fundações de Direito Público, não guardar qualquer relação com a finalidade pública exercitada pela pessoa jurídica de direito público, haverá possibilidade de usucapião. (FARIAS e ROSENVALD, 2012, p. 407)

A Lei 11.977/09 guarda coerência com esse entendimento, ao passo que, no que tange à usucapião administrativa de bens públicos, a lei não permite sua aplicação de forma indiscriminada, ao contrário, restringe sua incidência às áreas públicas declaradas de interesse para implantação de projetos de regularização fundiária de interesse social e as ZEIS (Zona Especial de Interesse Social), definidas pela lei como “parcela de área urbana instituída pelo Plano Diretor ou definida por outra lei municipal, destinada predominantemente à moradia de população de baixa renda e sujeita a regras específicas de parcelamento, uso e ocupação do solo”. Portanto essas áreas estariam inseridas, na classificação de bem dominicais, ou seja, bens formalmente públicos, uma vez que não são de uso comum do povo – como praças e ruas – tão pouco são bens de uso especial, definidos por Carvalho Filho como “aqueles que visam

à execução dos serviços administrativos e dos serviços públicos em geral” (2014, p. 1163).

Finalmente, vale registrar que, na redação final do Substitutivo da Câmara dos Deputados ao Projeto de Lei nº 8.046-B de 2010 do Senado Federal – Projeto do Novo Código de Processo Civil – o art. 1.085, acrescenta à Lei nº 6.015 de 31 de dezembro de 1973, o art. 216-A, reconhecendo e estabelecendo a faculdade de reconhecimento extrajudicial da usucapião, processando-se diretamente no cartório de registro de imóveis da comarca em que situado o imóvel usucapiendo, a requerimento do interessado, representado por advogado, desde que instruído com documentação idônea e seguido o procedimento indicado no referido dispositivo.

7 Conclusão

A usucapião administrativa sinaliza um avanço no que tange à concretização dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, consagrados no art. 3º da Constituição Federal, bem como inova o conceito de regularização fundiária de interesse social. Esse instituto ainda nos revela a clara valorização do ser em detrimento do ter, pois reconhece na propriedade um meio de se alcançar a dignidade da pessoa humana, e não um fim em si mesmo.

Além dos benefícios de ordem social, a usucapião administrativa vai ao encontro de uma nova perspectiva de composição de conflito de interesses mediante procedimentos extrajudiciais. A esse respeito, eventuais argumentos de arbitrariedade não se sustentam, pois, como demonstrado, não se impõe ao proprietário desidioso uma privação sumária da propriedade, sendo-lhe garantidos meios de defesa de seu patrimônio. Esse entendimento é pacífico na doutrina.

Por outro lado, no que tange à aplicação da usucapião aos bens públicos, a nova lei adentrou em um caminho sinuoso, existindo grande resistência por parte da doutrina. Contudo, não se pode compactuar com essa visão míope que leva ao entendimento de restrição absoluta de submissão dos bens públicos à usucapião. Esse entendimento rasteiro, sem dúvida, foge às necessidades e realidade do povo brasileiro, bem como diverge do caráter social e humanitário da Carta Magna. Além disso, não se coaduna com o princípio da função social da propriedade, seja ela privada ou pública, eis que a Constituição Federal não estabeleceu qualquer restrição (art. 5º, XXIII).

É certo que essa temática ainda deve ser trabalhada de forma aprofundada pela doutrina e jurisprudência. Porém, o entendimento mais ajustado ao direito fundamental à moradia e aos princípios da função social da propriedade e da dignidade da pessoa humana é no sentido da flexibilização das normas constitucional e infraconstitucional que vedam a aquisição da propriedade de bens públicos pela usucapião, interpretando-as em consonância com as demais regras constitucionais que tutelam a função social da propriedade.

Portanto, mesmo existindo posicionamentos conflitantes quanto ao âmbito de aplicação da usucapião administrativa, é indiscutível seu caráter social. Esse instituto, hoje, é realidade em nosso ordenamento jurídico, se firmando como mais um

mecanismo a disposição da população de baixa renda que busca a titulação da posse *ad usucapionem*, e na linha da desjudicialização de relações jurídicas.

Referências

ANDREAZZA, Gabriela Lucena. Usucapião administrativa: conversão da legitimação de posse em propriedade. *Meu Advogado*. Publicado em: 30/04/2012. Disponível em: <<http://www.meuadvogado.com.br/entenda/usucapiaoadministrativaconversaodalegitimacao-de-posse-em-propriedade.html#.U-tjflG5fIU>>. Acesso em 12 ago. 2014.

_____. Usucapião administrativa: reflexos no registro de imóveis. *Jus Navegandi*. Publicado em 10/2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/22767/usucapiao-administrativa-reflexos-no-registro-de-imoveis/3>>. Acesso em 13 ago. 2014.

ARAÚJO, Fabio Caldas. *Usucapião*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

BRASIL. *Tribunal de Justiça de Minas Gerais - Apelação Cível 1.0194.10.011238-3/001*, Relator(a): Des.(a) Barros Levenhagen, 5ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 08/05/2014, publicação da súmula em 15 maio 2014.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 22 abril 2014.

_____. *Lei n.º 11.977 de 07 de julho de 2009*. Dispõe sobre o Programa Minha Casa, Minha Vida – PMCMV e a regularização fundiária de assentamentos localizados em áreas urbanas; altera o Decreto-Lei no 3.365, de 21 de junho de 1941, as Leis nos 4.380, de 21 de agosto de 1964, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 10.257, de 10 de julho de 2001, e a Medida Provisória no 2.197-43, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20072010/2009/lei/111977.htm>. Acesso em 22 abril 2014.

BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Tradução de Daniela Baccaccia Versani. Revisão técnica de Orlando Seixas Bechara, Renata Negamine. Barueri: Manole, 2007.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

ESTUDO aponta redução no déficit habitacional no país. *Blog do Ipea*. Publicado em 26/12/2013. Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br/blog/?p=1725>>. Acesso em 25 de outubro de 2014.

FACHIN, Luiz Edson. *Comentários ao Código Civil: parte especial: direito das coisas*, vol. 15 (art. 1277 a 1368). São Paulo: Saraiva, 2003.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil, Reais*. 8 ed. Salvador: Juspodivm, 2012.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LOPES, Soraya Santos. Regularização fundiária: inovações legislativas em matéria de usucapião. *Evocati Revista*. n. 78, jun. 2012. Disponível em: <http://www.evocati.com.br/evocati/interna.wsp?tmp_page=interna&tmp_codigo=542&tmp_secao=12&tmp_topico=direitocivil&wi.redirect=Y9FXQXTN6A11S5HH66W7>. Acesso em 04 set. 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

REALE, Miguel. Exposição de Motivos do Supervisor da Comissão Revisora e Elaboradora do Código Civil, Doutor Miguel Reale, datada de 16 de Janeiro de 1975. *Revista EMERJ*. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/anais_onovocodigocivil/anais_especial_1/Anais_Parte_I_revistaemerj_9.pdf>. Acesso em 17 out. 2014.

TARTUCE, Flavio. Sentença de MG reconhece usucapião de bem público. *JusBrasil*. Publicado em 08/2014. Disponível em: <<http://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/noticias/136402006/sentenca-de-mg-reconhece-usucapiao-de-bem-publico>>. Acesso em 03 out. 2014.

DAS NORMAS PARA APRESENTAÇÃO DOS TRABALHOS

1. Os artigos deverão ser encaminhados à Revista pelo *e-mail* jurisvox@unipam.edu.br, conforme os seguintes critérios:

I – Os originais devem ter até 25 laudas (excluídas as destinadas a referências), digitadas em fonte Times New Roman tamanho 12, espaço entre linhas 1,5, margens superior e esquerda 3 cm, inferior e direita 2 cm, papel tamanho A4. O limite poderá ser extrapolado quando imprescindível à qualidade do trabalho e mediante aprovação dos pareceristas;

II – O título deverá ser centralizado, em caixa alta e negrito, sendo indicado o(s) autor(es) logo após, com as informações sobre sua titulação, instituição a que esteja vinculado, seu endereço eletrônico (*email*) e demais qualificações;

III – Após o nome do(s) autor(es) deverá ser apresentado resumo em português, com até 250 palavras, bem como sua versão em língua estrangeira, preferencialmente inglês. Após, deverão ser indicadas de 3 a 5 palavras-chave, nas mesmas línguas, dando-se preferência a palavras-chave que não estejam no título do trabalho;

IV – Aplicam-se, quanto ao conteúdo, as normas da ABNT, observando-se em especial as seguintes diretrizes:

a) Citações curtas (até 3 linhas) deverão estar inseridas no texto, entre aspas. Citações longas (mais de 3 linhas) deverão constituir parágrafo independente, digitadas em espaço simples (um), fonte tamanho 11, com recuo da margem esquerda em 4 cm;

b) As citações deverão ser feitas no estilo autor-data, com indicação do sobrenome do autor em maiúsculas, ano da publicação e página (se for o caso) entre parênteses: Ex: (NOVAIS, 1998, p. 175).

c) As notas de rodapé estarão restritas a observações pessoais, no sentido de prestar esclarecimentos sobre informações que não estejam no corpo do texto, e deverão ser numeradas sequencialmente;

d) As referências deverão aparecer no final do texto, em ordem alfabética de sobrenome do autor, da seguinte forma:

1) para livro: SOBRENOME DO AUTOR, Nome. Título (em itálico). Edição. Local: editora, ano.
Ex.: SILVA, José. *Direito Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Editora Jurídica, 2000.

2) para artigos: SOBRENOME DO AUTOR, Nome. Título do artigo. Título do periódico (em itálico). Local, volume, número, página inicial e página final do artigo, mês e ano. Ex.: SILVA, José. Aspectos de Direito Constitucional. *Revista de Direito*, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 10-30, jan./2001.

1.1. Aplicar-se-ão subsidiariamente a estas instruções e normas da ABNT e as diretrizes fixadas no Manual de Normalização de Trabalhos Acadêmicos do UNIPAM (disponível em http://alunos2.unipam.edu.br/PortalCorporeRM/normas_UNIPAM.pdf).

1.2. A partir de 2009 o sistema de avaliação será obrigatoriamente o “*duplo blind peer review*”.

2. A Revista *Jurisvox* reserva-se o direito de alterar os originais, no sentido de adequá-los às normas de seu padrão editorial.

3. Ao encaminhar seu artigo para publicação, o autor estará automaticamente abrindo mão de seus direitos autorais, concordando com as diretrizes editoriais da Revista, recebendo em troca pela colaboração 2 (dois) exemplares da edição em que o trabalho for publicado.

Parágrafo único. A responsabilidade pelos artigos, trabalhos e opiniões é exclusivamente de

seus respectivos autores.

4. Os autores que tiverem seus artigos recusados ou com parecer técnico “favorável com restrições” poderão reelaborar seus textos, caso não se atinja o mínimo de artigos aprovados sem ressalvas, admitindo-se, no caso, uma nova avaliação a critério do Editor.

5. Os trabalhos recusados não serão devolvidos.